DIE ANSPRUECHE AUF FREIZEIT UND FERIEN NACH SCHWEIZERISCHEM ARBEITSRECHT

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doktor iuris
der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Hansulrich Weber
aus Niederösch (Bern)

Clausthal-Zellerfeld
Bönecke-Druck
1976

DIE ANSPRUECHE AUF FREIZEIT UND FERIEN NACH SCHWEIZERISCHEM ARBEITSRECHT

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doktor iuris
der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Hansulrich Weber

aus Niederösch (Bern)

Die Fakultät hat diese Arbeit am 22. Januar 1976 auf Antrag von Prof. Dr. Hans Peter Tschudi als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhaltsverzeichnis

		Seite
1. Kapitel: Begriff und Wesen von Freizeit und Ferien		1
I.	Begriffe	1
	1. Allgemeiner Sprachgebrauch	1
	2. Im Arbeitsrecht	2
II.	Voraussetzung und Rechtsnatur der Ansprüche	5
	1. Arbeitsverhältnis als Voraussetzung	5
	2. Rechtsnatur der Ansprüche	6
III.	Rechtfertigung der Ansprüche	9
	1. Notwendigkeit arbeitsfreier Zeit	9
	2. Gesundheitliche Gesichtspunkte	9
	2.1 Ermüdung und Erholung	9
	2.2 Art der Erholung	10
	2.3 Notwendige Zeit für ausreichende Erholung	10
	2.3.1 Pausen	10
	2.3.2 Tägliche und wöchentliche Ruhezeit	11
	2.3.3 Ferien	11
	3. Soziologische, soziale und psychologische Gesichtspunkte	12
	3.1 Veränderte Verhältnisse am Arbeitsplatz	12
	3.2 Entfaltung der Persönlichkeit	13
	3.3 Teilnahme am gesellschaftlichen Leben	13
	3.4 Qualität des Lebens	14
	3.5 Bessere Arbeitsmoral bei vermehrter Freizeit	14
	4. Ethische und religiös-konfessionelle Gesichtspunkte	15
	4.1 Freizeit als Menschenrecht	15
	4.2 Christliche Lehren	16
	5. Wirtschaftliche Gesichtspunkte	16
	5.1 Bessere Arbeitsqualität und weniger Arbeitsausfälle	16
	5.2 Vermehrte Nachfrage nach Konsumgütern	17
	5.3 Gestehungskosten und Produktivität	17
	5.4 Rezessionsbedingte Freizeit	17
2. Kapitel: Geschichtliche Entwicklung der Ansprüche		19
I.	Vorindustrielle Zeit	19
	1. Altertum	19
	2. Mittelalter	20
II.	Zeitalter der Industrialisierung	21
	1. Auswirkungen des Liberalismus	21
	2. Sozialpolitische Interventionen	21
III.	Entwicklung im 20. Jahrhundert	23
	1. Oeffentlich-rechtliche Arbeitszeitvorschriften des Bundes	23
	1.1 Fabrikgesetzgebung	23
	1.2 Gewerbewesen	23

1.3 Arbeitsgesetz 23
1.4 Oeffentlicher Verkehr 24
2. Anderweitige Arbeitszeitbeschränkung 24
3. Privatrechtliche Freizeit 25
4. Entwicklung des Ferienanspruchs 25
4.1 Anfänge 25
4.2 Kantonale Feriengesetze 26
4.3 Ansätze im Bundesrecht 26
4.4 Bundesrechtliche Normierung 27
4.5 Entwicklung in Zahlen 27

3. Kapitel: Rechtsgrundlagen der Ansprüche auf Freizeit und Ferien 29

I. Internationale Abkommen 29
1. Im allgemeinen 29
2. Fliegendes Personal im internationalen Verkehr 29
3. Rheinschiffer 29
4. Internationale Uebereinkommen 29
II. Oeffentlich-rechtliche Arbeitnehmerschutzvorschriften 31
1. Wirkungen öffentlich-rechtlicher Schutzvorschriften 31
2. Eidgenössische Arbeitnehmerschutzvorschriften 31
2.1 Arbeitsgesetz 31
2.2 Arbeitszeitgesetz 32
2.3 Chauffeurverordnung 32
2.4 Seeschiffahrtsgesetz 33
2.5 Berufsbildungsgesetz und Heimarbeitsgesetz 34
3. Kantonale Arbeitnehmerschutzvorschriften 34
III. Zwingende privatrechtliche Vorschriften 35
IV. Gesamtarbeitsverträge 36
1. Erwünschte Ergänzung der gesetzlichen Ordnung 36
2. Günstigkeitsprinzip 36
3. Geltungsbereich und mittelbare Wirkung 36
V. Einzelarbeitsvertrag 38
VI. Normalarbeitsverträge 39
VII. Dispositive Gesetzesbestimmungen 40
VIII. Betriebsordnung 41
IX. Oeffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse 42

4. Kapitel: Umfang, Inhalt und Erwerb des Freizeitanspruchs 44

A. Umfang des Freizeitanspruchs 44
I. Ordentliche Freizeit und Arbeitszeit 44
1. Arbeitspflicht und ordentliche Freizeit 44
2. Freizeit infolge Begrenzung der Arbeitszeit durch Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag 44
2.1 Normalarbeitszeit als Nebenpunkt des Arbeitsvertrages 44
2.2 Uebung als Vertragsbestandteil 45
2.3 Konkretisierung der Arbeitszeit durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag 45
2.4 Bestimmung der Arbeitszeit durch Weisungen des Arbeitgebers 46

3. Freizeit infolge Begrenzung der Arbeitszeit durch ausservertragliche Uebung 47
4. Indizien für die Branchenübung 48
4.1 Normal- und Gesamtarbeitsverträge 48
4.2 Statistik des BIGA 49
5. Oeffentlich-rechtliche Beschränkung der wöchentlichen Arbeitszeit 52
5.1 Allgemeine wöchentliche Höchststundenzahl nach Arbeitsgesetz 52
5.2 Begriff der Arbeitszeit 52
5.3 Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit ohne Freizeitausgleich 54
5.4 Verlängerte wöchentliche Höchstarbeitszeit gemäss Sondervorschrift der Verordnung II zum Arbeitsgesetz 55
5.5 Vorübergehende Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit mit entsprechendem Freizeitausgleich 56
5.6 Vorübergehende Ueberschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit infolge Ausgleichs-, Ueberzeit- und Hilfsarbeit sowie Zusammenlegung freier Halbtage 57
5.7 Bestrebungen zur Herabsetzung der öffentlich-rechtlichen Höchstarbeitszeit 59
6. Oeffentlich-rechtliche Beschränkung der täglichen Höchstarbeitszeit 59
6.1 Keine allgemeine tägliche Höchstarbeitszeit 59
6.2 Grenzen der Tagesarbeit 60
6.3 Tägliche Ruhezeit und Pausen 61
II. Wöchentliche freie Tage und Halbtage 64
1. Ein freier Tag pro Woche als gesetzliches Minimum für alle Arbeitnehmer 64
2. Zusätzlicher freier Halbtag für die dem Arbeitsgesetz unterstellten Arbeitnehmer 64
2.1 Grundsatz und Zweck 64
2.2 Ausnahme für Nacht- und Schichtarbeit 65
2.3 Wegfall in Wochen mit arbeitsfreien Tagen 65
2.4 Sonderbestimmungen 66
3. 5-Tage-Woche und weitergehende Vereinbarungen 67
III. Feiertage 68
1. Zweck der Feiertage 68
2. Die kantonale Feiertagsgesetzgebung 68
2.1 Kompetenz der Kantone 68
2.2 Ausgestaltung 69
3. Den Sonntagen gleichgestellte Feiertage 70
4. Feiertage gestützt auf Gesamtarbeitsvertrag oder Vereinbarung 71
5. Nicht den Sonntagen gleichgestellte Feiertage 72
5.1 Konfessionelle Feiertage 72
5.2 Nicht konfessionelle Feiertage 73
6. Zusammentreffen der Feiertage mit ordentlicher Freizeit oder Arbeitsverhinderung 73

7. Freizeit im Zusammenhang mit Feiertagen 74
7.1 Arbeitsschluss vor Feiertagen 74
7.2 "Bank holidays" 74
IV. Ausserordentliche Freizeit, insbesondere die "üblichen freien Stunden und Tage" 75
1. Grundlage und Zweck des Anspruchs auf die üblichen freien Stunden und Tage 75
2. Uebung als qualitatives und quantitatives Kriterium 77
3. Anderweitige Regelung 77
4. Abgrenzung zur Verhinderung an der Arbeitsleistung (Art. 324 a OR) 78
5. Einzeltatbestände üblicher Freizeit 79
5.1 Hochzeiten 79
5.2 Geburt eines Kindes 79
5.3 Todesfälle 80
5.4 Andere familiäre oder gesellschaftliche Verpflichtungen 81
5.5 Persönliche Besorgungen 81
5.6 Wohnungswechsel 82
5.7 Gewerkschaftliche Tätigkeit 82
5.8 Mitglieder von Betriebskommissionen 83
5.9 Oeffentliche Veranstaltungen, Festanlässe und dergleichen 83
6. Freizeit zum Aufsuchen einer neuen Stelle 83
7. Freizeit für den beruflichen Unterricht und den Lehrabschluss 84
8. Ausserordentliche Freizeit für Schwangere und Wöchnerinnen 85
9. Gottesdienstbesuch bei Arbeit an Sonn- und Feiertagen 85
10. Bildungsurlaub 86
B. Inhalt des Freizeitanspruchs 88
I. Keine Arbeitspflicht 88
1. Freizeit in natura 88
2. Pflicht zur Leistung von Ueberstundenarbeit 88
2.1 Relativierung der Freizeitgarantie 88
2.2 Voraussetzungen der Ueberstundenarbeit 89
2.3 Abgeltung durch Freizeit oder erhöhten Lohn 91
2.4 Abweichende schriftliche, normal- oder gesamtarbeitsvertragliche Abreden 91
II. Freizeit und Lohnzahlung 93
1. Ordentliche Freizeit 93
2. Feiertage 93
2.1 Keine gesetzliche Lohnzahlungspflicht 93
2.2 Keine Lohnabzüge bei Wochen- und Monatslohn 94
2.3 Stunden-, Tag- oder Akkordlohn 95
3. Ausserordentliche Freizeit 96
4. Bemessung des zu vergütenden Lohnes 97
C. Lage und Fälligkeit der Freizeit 98
I. Zeitliche Festsetzung und Fälligkeit 98
1. Fälligkeit 98
2. Zeitliche Festsetzung 98

II. Vorschriften zur Lage der täglichen Freizeit 100
1. Verbot der Nachtarbeit 100
2. Schichtarbeit 101
3. Weibliche und jugendliche Arbeitnehmer 101
III. Vorschriften zur Lage des freien Wochentages 102
1. Freier Sonntag als Grundsatz 102
2. Oeffentlich-rechtliche Verbote der Sonntagsarbeit 102
2.1 Kantonale Gesetze betreffend die Sonntagsruhe 102
2.2 Verbot der Sonntagsarbeit nach Arbeitsgesetz 103
2.3 Andere öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften 104
3. Zusammenlegung und Aufteilung der freien Wochentage 104
IV. Vorschriften zur Lage zusätzlicher wöchentlicher Freizeit 105
1. Zusätzlicher freier Halbtag nach Arbeitsgesetz 105
2. Fünftagewoche 105
3. Vorschriften über den Arbeitsschluss 105
V. Festsetzung der Feiertage und der ausserordentlichen Freizeit 107
1. Feiertage 107
2. Uebliche freie Stunden und Tage sowie Freizeit zur Stellensuche 107

5. Kapitel: Umfang, Inhalt und Erwerb des Ferienanspruchs 109

A. Umfang des Ferienanspruchs 109
I. Gesetzlicher Anspruch 109
1. Allgemeines obligationenrechtliches Minimum 109
1.1 Privatrechtliche Grundlage 109
1.2 Umfang des Mindestanspruchs 110
1.3 Stellenwert des Anspruchs 111
1.4 Revisionsvorstösse 112
2. Erweiterung durch die Kantone 112
2.1 Kompetenz 112
2.2 Kantonale Ansprüche 114
2.3 Konkurrenz kantonaler Ansprüche 115
3. Sonderregelungen 115
3.1 Heimarbeitsvertrag 115
3.2 Heuervertrag 116
3.3 Arbeitszeitgesetz 116
3.4 Vergleich mit Bundespersonalrecht 116
II. Vertragliche Ausgestaltung 117
1. Weitergehende einzel-, normal- und gesamtarbeitsvertragliche Ansprüche 117
2. Ausgestaltung 117
2.1 Bedingungen 117
2.2 Abstufung nach Altersjahren 117
2.3 Abstufung nach Dienstjahren 118
2.4 Kombination von Alters- und Dienstjahren 122
2.5 Abstufung nach Qualifikation 123
2.6 Abstufung nach Gefahr und Anstrengung der Arbeit 123
3. Umfang normal- und gesamtarbeitsvertraglicher Ansprüche 124
3.1 Problematik der Gleichwertigkeit 124
3.2 Ferienprozente 130

3.3 Normalarbeitsvertragliche Regelungen 132
3.4 Gesamtarbeitsvertragliche Regelungen 132
4. Einzelarbeitsvertraglicher Ferienanspruch 134
III. Berechnung des Ferienanspruchs 135
1. Jahresanspruch 135
1.1 Dienstjahr oder Kalenderjahr 135
1.2 Wochen, Tage oder Stunden 135
2. Anspruch bei unvollständigem Dienstjahr 137
2.1 Pro-rata-Berechnung 137
2.2 Teilanspruch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses 138
2.2.1 Schuldhafte Vertragsauflösung durch den Arbeitnehmer 138
2.2.2 Ungerechtfertigte fristlose Entlassung 139
2.3 Berechnung des Teilanspruchs 140
3. Kürzung 143
3.1 Grundsatz 143
3.2 Arten der Verhinderung 144
3.3 Kürzungsverbote 145
3.4 Berechnung der Kürzung 147
3.5 Andere Regelungen 148
B. Inhalt des Ferienanspruchs 149
I. Einheitlicher Anspruch auf doppelte Leistung 149
1. Erfüllung beider Ansprüche als Grundsatz 149
2. Verselbständigung der Lohnzahlungspflicht 150
2.1 Erfüllung der möglichen Teilleistung 150
2.2 Ersatzleistungen 150
2.3 Abgeltung 152
2.4 Vererblichkeit des Ferienlohns 153
II. Freizeit zum Bezug der Ferien 155
1. Keine Arbeitspflicht 155
2. Unbeschränkte Freizeit 156
2.1 Keine Bedingungen und Auflagen 156
2.2 Verbot der Schwarzarbeit während der Ferien 157
2.3 Zusätzliche Freizeit 160
2.3.1 Möglichkeit voller Ausnützung 160
2.3.2 Zusammenfallen mit Krankheit, Unfall und anderen Arbeitsverhinderungen 161
2.3.3 Zusammenfallen mit ausserordentlicher Freizeit und Feiertagen 163
3. Abgeltungsverbot 165
III. Lohnzahlung 166
1. Grundsatz 166
1.1 Zweck der Lohnzahlungspflicht 166
1.2 Unabdingbarkeit 166
1.3 Behandlung des Ferienlohns als ordentlicher Lohn 167
2. Umfang des Ferienlohns 167
2.1 Im allgemeinen 167
2.2 Provisionen 168
2.3 Trinkgelder 168
2.4 Zulagen und Spesen 169
2.5 Naturallohn 170
2.6 Indizien für den Umfang von Lohnbestandteilen 171

3. Bemessung des Ferienlohns 172
3.1 Bei festem Wochen- oder Monatslohn 172
3.2 Bei veränderlichem Stunden-, Tag- oder Akkordlohn 172
3.3 Bei Kurzarbeit oder Ueberstundenarbeit 173
3.4 Bei Heimarbeit 174
4. Ferienprozente und Ferienkassen 175
4.1 Lohnprozente und Feriendauer 175
4.2 Bemessung der Lohnprozente 175
4.3 Ferienkassen 176
4.4 Barauszahlung der Ferienprozente mit dem ordentlichen Lohn 177
5. Zusätzliches Feriengeld 177
5.1 Rechtfertigung zusätzlichen Feriengeldes 177
5.2 Zulässigkeit zusätzlichen Feriengeldes 177
5.3 Bedingungen und Zweckgebundenheit zusätzlichen Feriengeldes 178
C. Entstehung und Fälligkeit des Ferienanspruchs 180
I. Entstehung 180
1. Anwachsen des Anspruchs 180
2. Karenzfrist 181
2.1 Rechtfertigung und Umfang der Karenzfrist 181
2.2 Wartefrist oder Sperrfrist 182
2.3 Unterbrechung der Karenzfrist 184
3. Stichtag 184
II. Fälligkeit 186
1. Erwerb und Fälligkeit 186
2. Lage der Ferien 186
2.1 Grundsatz der Unteilbarkeit 186
2.2 Periodische Gewährung 189
2.2.1 Jahresanspruch und Periodizität 189
2.2.2 Ferienperioden 191
2.2.3 Erwerbsjahr und Bezugsjahr 191
2.3 Jahreszeit 192
3. Festsetzung der Ferien 193
3.1 Festsetzung durch den Arbeitgeber 193
3.2 Abwägung der Interessen 194
3.3 Andere Möglichkeiten der Festsetzung 197
3.4 Betriebsferien 198
3.5 Festsetzungsfrist 200
3.6 Missachtung rechtmässiger Festsetzung durch den Arbeitgeber 201
4. Festsetzung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses 202
4.1 Ansetzung in Kündigungsfrist oder alleinige Gewährung des Ferienlohns 202
4.2 Keine Sonderregelung 204
4.3 Schadenersatz und Ferienlohn bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung 204
5. Unterlassung der Festsetzung 205
5.1 Verwirkung des Festsetzungsrechts 205
5.2 Selbsteintritt der Fälligkeit 205
5.3 Uebergang des Festsetzungsrechts auf den Arbeitnehmer 206
5.4 Vorzeitige Fälligkeit bei Verweigerung der Ferien 207

6. Verschiebung festgesetzter Ferien 207
6.1 Rechtsnatur des Festsetzungsrechts 207
6.2 Verschiebung durch Vereinbarung und in Notfällen 207
6.3 Rückruf aus den Ferien 209
7. Rückforderung infolge zuviel gewährter Ferien 210
7.1 Grundsätzlich keine Rückforderungsmöglichkeit 210
7.2 Rückforderung aufgrund von Vereinbarung 212
8. Fälligkeit des Ferienlohns 213

6. Kapitel: Untergang, Schutz und Durchsetzung der Ansprüche 216

I. Untergang 216
1. Erfüllung 216
2. Verjährung 216
3. Verzicht 217
3.1 Untergang durch Erlassvertrag 217
3.2 Wirkung der Schonfrist bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses 218
3.3 Tatsächlicher Verzicht 219
4. Verwirkung 219
4.1 Verwirkung im allgemeinen 219
4.2 Zwingende gesetzliche Ansprüche und Verwirkung 220
4.3 Verwirkung durch Vertragsbruch 221
4.4 Verwirkung durch verzögerte Rechtsausübung 221
5. Verrechnung 223
6. Neuerung 224
II. Schutz der Ansprüche 225
1. Im allgemeinen 225
2. Schutz der Lohnzahlung 225
3. Kündigungsschutz 226
III. Durchsetzung der Ansprüche 227
1. Möglichkeiten privatrechtlicher Durchsetzung 227
1.1 Grundsatz 227
1.2 Gerichtliche Durchsetzung 228
1.3 Problematik privatrechtlicher Durchsetzung 229
2. Oeffentlich-rechtliche Möglichkeiten 230
2.1 Im allgemeinen 230
2.2 Im Bereiche des Arbeitsgesetzes 231
2.3 Andere Vollzugsvorschriften 232
2.4 Strafverfahren wegen Ueberanstrengung 233
3. Mitwirkung der Berufsverbände 233
4. Möglichkeiten gemäss Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb 235
5. Indirekte Einwirkung auf die Durchsetzung 236
5.1 Arbeitslosenversicherung 236
5.2 Submissionsverordnung und Subventionsvorschriften 237

Anhang 238

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	= Absatz
Amtl. Bull.	= Amtliches Bulletin
ArbG	= Arbeitsgesetz (BG vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel)
ArbZG	= Arbeitszeitgesetz (BG vom 1. Oktober 1971 betreffend die Arbeitszeit beim Betrieb der Eisenbahnen und anderer Verkehrsanstalten = SS. 822.21)
ArbZV	= Verordnung zum Arbeitszeitgesetz
Art.	= Artikel
ARV	= Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, Mitteilungsblatt des BIGA
AS	= Amtliche Sammlung der Bundesgesetze
Bbl	= Bundesblatt
BG	= Bundesgesetz
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland
BGE	= Bundesgerichtsentscheid
BIGA	= Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BJM	= Basler Juristische Mitteilungen
BlZR	= Blätter für zürcherische Rechtsprechung
BO	= Beamtenordnung 1 des Bundes vom 10. November 1959
BS	= Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze
BV	= Bundesverfassung
C 1	= Ausführungsbestimmungen der Generaldirektion PTT (genehmigt durch das Eidgenössische Finanz- und Zolldepartement am 1. November 1969) betreffend das Dienstverhältnis der PTT-Beamten (Stand 1973)
Diss.	= Dissertation
EVG	= Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichts
f. / ff.	= folgende
GAV	= Gesamtarbeitsvertrag
GewRS	= Gewerkschaftliche Rundschau
N.	= Note
NAV	= Normalarbeitsvertrag

NR	= Nationalrat
Nr.	= Nummer
OR	= Obligationenrecht
rev.	= revidiert
S.	= Seite
SAGZ	= Schweizerische Arbeitgeberzeitung
SchKG	= Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SJZ	= Schweizerische Juristenzeitung
SS.	= Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	= Schweizerisches Strafgesetzbuch
StR	= Ständerat
UWG	= Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
vgl.	= vergleiche
VO	= Verordnung
z. B.	= zum Beispiel
ZGB	= Zivilgesetzbuch
Ziff.	= Ziffer
ZSR	= Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Literaturverzeichnis

ALTHAUS = Hans Althaus, Eine neue Ferienregelung in der Schweiz (GewRS 1958 S. 213 - 216)

Amtl. Bull. = Amtliche Bulletins der Bundesversammlung betreffend parlamentarische Behandlung des Arbeitsgesetzes und Revision des Arbeitsvertrages im OR

ARV = Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, Mitteilungsblatt des BIGA

BAERLOCHER = Urs Bärlocher, Der Ferienanspruch nach schweizerischem Arbeitsrecht, Diss. iur. Basel 1971

BAETTIG = Karl Bättig, Die Arbeitszeit in medizinischer Sicht, Basel 1960

BECKER = H. Becker, Berner Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Obligationenrecht II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934

BEERLI = Max Beerli, Der bezahlte Urlaub des Arbeitnehmers, Diss. rer. pol. Zürich 1940

BERENSTEIN = Alexandre Berenstein, Le contrat de travail en droit suisse (Revue syndicale 1973, p. 77 ff)

BERNASCONI = Giacomo Bernasconi, Der Ferienanspruch der Arbeitnehmer und die Wege zu seiner Verwirklichung (GewRS 1965 S. 244 ff)

BIENER = K. Biener, Freizeit als Gesundheitschance, Zeitschrift für Präventivmedizin 1965, S. 354 ff

BIGLER = Walter F. Bigler, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Zürich 1966

BLOCHER = Fritz Blocher, Der Zeitpunkt von Ferien und Freizeit (GewRS 1953, Gesetz und Recht S. 1 ff)

Botschaften
- zum Arbeitsgesetz (Bbl 1960 II 909 ff)
- zur Revision des Arbeitsvertrags, Separatdruck (Botschaft 1967)
- zum Arbeitszeitgesetz (Bbl 1971 I 440 ff)

von BUEREN	=	Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972
von BUEREN Roland	=	Roland von Büren, Teilzeitarbeit und temporäre Arbeit als neue Formen von Dienstleistung im schweizerischen Recht, Bern und Frankfurt am Main 1971
CANNER-SCHOOP	=	R. Canner und R. Schoop, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Zürich 1968
CARLEN	=	Louis Carlen, Zur Geschichte des Arbeitsrechts in der Schweiz vom Mittelalter bis zum 19. Jahrhundert (ZSR 1972, 1. Halbband S. 233 ff)
DRESSLER	=	Hans Dressler, Der Uebergang vom kantonalen zum eidgenössischen Ferienrecht (GewRS 1967, Gesetz und Recht S. 1 ff)
Eidgenössisches Feriengesetz	=	Eingabe des Landesverbandes freier Schweizer Arbeiter vom 4. September 1940 an das BIGA
Erholung und Arbeitskraft	=	Referate, gehalten anlässlich des vierten Kurses über Fremdenverkehrsfragen des Seminars für Fremdenverkehr an der Handelshochschule St. Gallen (1944), St. Gallen 1945
Ferien und Feiertage in den Gesamtarbeitsverträgen	=	Sonderhefte der Volkswirtschaft Nr. 71 (Stand Oktober 1962), Nr. 82 (Stand Anfang 1971), Nr. 87 (Stand Anfang 1975)
FINK	=	Manfred Fink, Das Arbeitsgesetz (Schweizerische Gewerbezeitung 1966 Nr. 4 ff)
FRICKER	=	Werner Fricker, Arbeitszeit, Freizeit und Ferien der Lehrlinge, Winterthur 1958
Gesamtarbeitsverträge, namentlich		- Vereinbarung und Verabredungen in der Maschinenindustrie vom 19. Juli 1974 (Friedensabkommen) - GAV für die schweizerische Holzindustrie vom 19. Dezember 1972 - Landesmantelvertrag für das schweizerische Hoch- und Tiefbau-, Zimmer-, Steinhauer- und Steinbruchgewerbe sowie die Sand- und Kiesgewinnung vom 15. November 1972 - Landesteil-GAV für das Schreinergewerbe 1973/74

- GAV des schweizerischen Spenglerei- und sanitären Installationsgewerbes vom 1. Januar 1973
- GAV des schweizerischen Heizungs- und Lüftungsgewerbes vom 30. Juni 1973
- GAV für die schweizerischen Ziegeleien vom 1. Januar 1973/74
- GAV für das Tapezierer- und Tapezierer-Dekorateurgewerbe der Schweiz vom 11. April 1973
- GAV für die schweizerische Bürsten- und Pinselindustrie vom 1. Januar 1973
- GAV für das schweizerische Coiffeurgewerbe vom 28. Mai 1972 (allgemeinverbindlich erklärt am 19. März 1973)
- Landes-GAV des Gastgewerbes vom 5. Dezember 1973 (allgemeinverbindlich erklärt am 17. Mai 1974)
- Normative Bestimmungen Nr. 4 vom 31. Dezember 1974 zum Landesvertrag vom 1. Juli 1958 über die Arbeitsbedingungen im Carrosseriegewerbe
- Rahmenvertrag für das Maler- und Gipsergewerbe vom 1. Januar 1973 mit Regional-GAV für den Oberaargau und das Seeland vom 1. Mai 1973
- GAV zwischen dem kantonalbernischen Verband der Elektro-Installationsfirmen und dem SMUV vom 1. Januar 1973

Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt = Jahresberichte mit Urteilen

Gewerbegericht bzw. Arbeitsgericht der Stadt Bern = Jahresberichte mit Urteilen

Gewerbegericht Zürich = Entscheidungen des Gewerbegerichts

GewRS = Gewerkschaftliche Rundschau

GOLDSCHMIDT = Robert Goldschmidt, Das geltende und das kommende Ferienrecht (SJZ 1939/40 S. 55 ff)

GRANDJEAN = Etienne Grandjean, Physiologische Arbeitsgestaltung, Thun und München 1963

GUHL/MERZ/ KUMMER	=	Theo Guhl, Hans Merz, Max Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Auflage, Zürich 1972
GYSIN	=	Arnold Gysin, Die Ferien im schweizerischen Arbeitsrecht (GewRS 1948 S. 388 ff)
HINDERMANN	=	Walter E. Hindermann, Leitfaden zum Arbeitsgesetz, Zürich 1966
HUBER	=	Walter R. Huber, Freizeit und Ferien im landwirtschaftlichen Arbeitsverhältnis, Zürich 1964
HUECK-NIPPERDEY	=	Alfred Hueck und Hans Carl Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Auflage, Berlin und Frankfurt am Main 1959
HUG	=	Walter Hug und Mitarbeiter, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971
HUMBERT-DROZ	=	Jules Humbert-Droz, Der Kampf um die Ferien in der Schweiz, Zürich 1949
HUNZIKER	=	Walter Hunziker, Arbeiterferien in der Schweiz (GewRS 1948 S. 197)
Internationale Arbeitskonferenz, Bezahlter Urlaub		- Protokoll der 19. Tagung, Genf 1935 - Fragebogen 2 der 20. Tagung, Genf 1936 - Bericht II der 20. Tagung, Genf 1936
KAUFMANN	=	Peter Kaufmann, Vierzigstundenwoche in der Schweiz? Diss. Basel 1960
LIVER	=	Peter Liver, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitungsband, Noten zu Art. 5 ZGB
MERZ	=	Hans Merz, Berner Kommentar Noten zu Art. 2 ZGB
MICHAELIS	=	Dietrich Michaelis, Zur Frage der Arbeitszeitverkürzung in der Schweiz, Winterthur 1960
MOLITOR	=	Erich Molitor, Zur Theorie des Urlaubs, Festschrift für Hans Carl Nipperdey, München und Berlin 1955
NAEGELI	=	Eduard Naegeli, Einführung in das Arbeitsgesetz, 10 Vorträge, Bern 1966

NEF	=	Urs Ch. Nef, Temporäre Arbeit, Bern 1971 (Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Heft 404)
		derselbe, Rechtliche Aspekte der gleitenden Arbeitszeit (ZSR 1971 1. Halbband S. 403 ff)
NIKISCH	=	Arthur Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Auflage I. Band, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, Tübingen 1955
OSER-SCHOENENBERGER	=	Hugo Oser und Wilhelm Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, Zürich 1936
PFANNER	=	Jean Pfanner, Arbeitszeit und Freizeit des Ladenpersonals in rechtlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in der Stadt Bern, Diss. Bern 1964
REHBINDER	=	Manfred Rehbinder, Grundriss des schweizerischen Arbeitsrechts, 1. Auflage, Bern 1972
RENGGLI	=	Guido Renggli, Die neuen kantonalen Feriengesetze, insbesondere ihr Verhältnis zu den Gesamtarbeitsverträgen, Winterthur 1957 (Diss. iur.)
RÜEGG	=	Walter Rüegg, Soziologie, Frankfurt am Main 1959
SAGZ	=	Schweizerische Arbeitgeberzeitung
SCHENK	=	Peter Schenk, Der Einzelarbeitsvertrag, Zürich 1973
SCHMID	=	Rainer Schmid, Zusammenhänge zwischen Arbeitszeit, Leistung und Ermüdung, Thun 1961
SCHWEINGRUBER	=	Edwin Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern 1974
		derselbe, Das Arbeitsrecht der Schweiz, seine Gestalt und seine Gestaltung, Zürich 1951
		derselbe, Die Feriengesetzgebung, ihr Stand und ihre künftige Gestaltung (in Erholung und Arbeitskraft)
		derselbe, Sozialgesetzgebung der Schweiz, Zürich 1955
		derselbe, Stand der schweizerischen Feriengesetzgebung (GewRS 1968 S. 172 ff)
SCHWEINGRUBER/ BIGLER	=	Edwin Schweingruber und Walter Bigler, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1972

SMOLENSKY = Peter Hermann Smolensky, Entstehung und Erfüllung des Ferienanspruchs, Diss. iur. Zürich 1935

SOERGEL-SIEBERT = Kommentar zum BGB, Band 3, 10. Auflage, Stuttgart 1969

SOVILLA = Kurt Sovilla, Bundesrechtliche, kantonale und gesamtarbeitsvertragliche Feriennormen unter dem ergänzten OR (SAGZ 1965 S. 261 ff)

STREIFF = Ullin Streiff, Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage, Zürich 1974

THALMANN-ANTENEN = Helene Thalmann-Antenen, Das Ferienrecht des Arbeitnehmers in der Schweiz (Zeitschrift Recht der Arbeit, München 1967, Heft 6, Seiten 208 ff)

TSCHUDI = Hans-Peter Tschudi, Die Ferien im schweizerischen Arbeitsrecht, Basel 1948

derselbe, Erfahrungen mit dem baselstädtischen Feriengesetz (GewRS 1937 S. 394 ff)

derselbe, Ferien und bezahlte Feiertage (Handbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Bern 1955, Band 1 S. 442 f)

derselbe, Probleme des Ferienrechts (GewRS 1949, Gesetz und Recht S. 17 ff)

Die Volkswirtschaft = Monatszeitschrift für wirtschaftliche und sozialstatistische Mitteilungen

Vorentwürfe

- 1945, Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Arbeit im Handel und in den Gewerben (gewerbliches Arbeitsgesetz) nebst begleitendem Bericht
- 1950, Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Handwerk, Handel, Verkehr und verwandten Wirtschaftszweigen (Arbeitsgesetz) mit einführendem Bericht des BIGA
- 1957 des BIGA zu einem Bundesgesetz betreffend Revision des zehnten Titels des OR
- vom 30. September 1963 der Expertenkommission für die Revision des Dienstvertragsrechts im Obligationenrecht mit Begleitbericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements

VUILLEUMIER = Jean Vuilleumier, Le jour du repos à travers les âges, Dammarie-les-Lys (S.-&-M.) 1936

WEBER	=	Theodor Weber, Der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers nach schweizerischem Arbeitsrecht, Diss. iur. Freiburg 1940
WEBER Max	=	Max Weber, Erholung und Einkommen (in Erholung und Arbeitskraft)
WILLI	=	Max F. Willi, Betriebswirtschaftliche Probleme der Belegschaftsferien unter besonderer Berücksichtigung des Industriebetriebes, Diss. rer. pol. Freiburg 1968
WUETHRICH	=	Ernst Wüthrich, Die Ferien- und Freizeitregelung (NAEGELI S. 150 ff)
ZANETTI	=	Bernardo Zanetti, Le droit aux vacances selon la législation fédérale, les législations cantonales et les conventions collectives de travail (Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung, 1966, Nr. 4, S. 277 ff)

nebst den im Text zitierten Materialien

1. Kapitel: Begriff und Wesen von Freizeit und Ferien

I. Begriffe

1. Allgemeiner Sprachgebrauch

Freizeit im allgemeinen Sprachgebrauch ist die Zeit, während der man ohne Verpflichtungen tun und lassen kann, was einem beliebt. Sie ist die Zeit persönlicher Freiheit, und zwar Freiheit von jeglicher Art irgendwelcher Betätigung. Jede Entbindung von sonst bestehenden Pflichten - Arbeitspflichten, familiären, gesellschaftlichen, politischen Pflichten, Vereinspflichten und dergleichen - schafft Freizeit. Diese kann nur wenige Minuten oder Stunden, aber auch mehrere Tage dauern.

Ferien sind nach dem Sprachgebrauch des Alltags jede längerdauernde zusammenhängende Freizeit. Auch hier handelt es sich grundsätzlich nur um einen Unterbruch der ordentlichen Beschäftigung, ohne dass der Zweck der Freizeit massgebend wäre. Vielfach wird jedoch einzig im Zusammenhang mit Freizeit zur Erholung oder Aufenthalten ausserhalb der gewohnten Umgebung von Ferien gesprochen.

Der Begriff "Ferien" hat sich aus dem lateinischen "feriae" gebildet. Darunter verstanden die Römer diejenigen Tage, an denen zu Ehren bestimmter Götter die Arbeit, besonders die Rechtspflege, ruhte. An diesen Tagen wurden von Beamten oder Priestern kultische Handlungen vorgenommen und veranstaltete man Festessen und Spiele. Eines der wichtigsten Feste waren die Feriae Latinae, die gleich nach Amtsantritt der neuen Konsuln auf dem Albanerberg gefeiert wurden und an denen alle römischen Beamten teilnehmen mussten. Der frühchristliche Kirchenkalender verwendete die Einzahl "feria" anstelle der heidnischen Namen zur Bezeichnung der Wochentage (feria secunda = Montag, feria tertia = Dienstag, usw.), da der richtige Christ jeden Tag Gott widmen sollte. Man unterschied ferner zwischen feriae maiores, den wichtigeren Feiertagen - die in privilegierte (Aschermittwoch und Kartage) sowie in nicht privilegierte (Wochentage in Advent, Fastenzeit usw.) gegliedert wurden - und den feriae minores, den übrigen Feiertagen.

In der deutschen Sprache trat der Begriff "Ferien" erstmals in einer Reichsordnung von 1521 in der Bedeutung geschäftsfreier Tage auf, wurde dann in der Gerichtssprache gebräuchlich sowie als Bezeichnung

einzelner arbeitsfreier Tage bei Universität und Schule. Später setzte er sich namentlich bei den Schulferien durch. Die lateinische Wurzel "feriari", feiern, hat zum Begriff Feiertage geführt. Der Bestandteil "Feier" findet sich auch im französischen jours fériés (Feiertage)*. 1

2. Im Arbeitsrecht

2.1 Keine gesetzliche Definition

Das Gesetz definiert nicht, was unter den Begriffen Freizeit und Ferien im Arbeitsverhältnis zu verstehen ist. Allein aus dem Randtitel "Freizeit und Ferien" im Obligationenrecht lässt sich keine Begriffsbestimmung vornehmen. Auch die fremdsprachigen Gesetzestexte helfen nicht weiter. Es muss daher vom Sinn der gesetzlichen Vorschriften auf die Begriffe zurückgeschlossen werden.

2.2 Freizeit im allgemeinen

Durch die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers auf bestimmte oder unbestimmte Zeit*. Er begibt sich durch 2
diese Verpflichtung eines Teils seiner persönlichen Freiheit. Je nach dem Umfang der Arbeitspflicht beschränkt er seine Freiheit mehr oder weniger. Dass er auf sie nicht vollständig verzichten kann, ergibt sich aus den Grundsätzen des Persönlichkeitsrechts* sowie 3
aus mannigfaltigen arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Der Arbeitnehmer muss trotz der übernommenen Arbeit einen Bereich persönlicher Betätigung und Entfaltung behalten. Er muss Zeit haben, seinen eigenen Bedürfnissen nachzugehen, sich von den Anstrengungen der Arbeit zu erholen, nach eigenem Gutfinden handeln zu können, sich selbst zu sein. Zu diesem Zwecke muss er neben der Zeit, während der er zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, Anspruch auf arbeitsfreie Zeit, auf Freizeit haben. Freizeit im Arbeitsverhältnis ist somit Unabhängigkeit von Arbeitspflicht, Gegenteil von Arbeitszeit. Unter Freizeit im arbeitsrechtlichen Sinne ist jede vereinbarte oder gesetzlich vorgeschriebene Beschränkung der Arbeitszeit sowie jede Arbeitsunterbrechung zur Erholung und zur Erledigung persönlicher Angelegenheiten zu verstehen.

Diese Zweckbestimmung hebt die Freizeit von andern Fällen ab, wo die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers entfällt. Wohl geht die Arbeitspflicht vollständig unter, wenn der Arbeitgeber die angebotene Ar-

---

[1] Brockhaus Encyclopädie in 20 Bänden, Wiesbaden 1968, 6. Band, Stichwort "Ferien"; Der grosse Herder, 1965, Stichwort "Ferien"; Friedrich KLUGE, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 17. Auflage, Berlin 1957, S. 192.

[2] Art. 319 Abs. 1 OR

[3] Art. 28 ZGB

beitsleistung grundlos verweigert, den Arbeitsantritt verunmöglicht, den Arbeitnehmer während der Arbeitszeit nicht beschäftigt oder die notwendigen Arbeitsvorbereitungen nicht trifft, der Arbeitgeber also in Annahmeverzug gerät*. Der Arbeitnehmer hat dem 4
Arbeitgeber seine Dienste anzubieten und ist dann für die Dauer der Ablehnung von der Arbeitspflicht entbunden. Von Freizeit kann aber schon deshalb nicht die Rede sein, weil der Arbeitnehmer sich an den fortzuzahlenden Lohn anrechnen lassen muss, was er durch anderweitige Arbeit erwirbt oder zu erwerben absichtlich unterlässt. Auch bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung durch Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, wie Krankheit, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, fällt die Arbeitspflicht dahin*. Von Freizeit kann hier jedoch nicht 5
gesprochen werden, da der Arbeitnehmer nicht nach seinem Belieben über die entsprechende arbeitsfreie Zeit verfügen kann*. 6

3 Ferien

Von Ferien wird auch im Arbeitsrecht nur bei längerdauernder, zusammenhängender Freizeit gesprochen. Sie sollen dem Arbeitnehmer Erholung oder beliebige persönliche Betätigung ermöglichen*. Einen 7
längeren Arbeitsunterbruch kann sich der Arbeitnehmer jedoch nur leisten, wenn er trotzdem den ordentlichen Lohn erhält. Die Lohnfortzahlung ist deshalb notwendiger Bestandteil der Ferien*. Die 8
Dauer der Ferien wird zum voraus bestimmt und auf den Zeitraum eines Jahres bezogen. Sie sind in der Regel auch jedes Jahr zu gewähren.

Ferien sind somit eine im voraus bestimmte Zahl freier Tage zur Erholung und persönlichen Gestaltung, die in der Regel zusammenhängend und jährlich zu gewähren sind und an denen der Arbeitnehmer den ordentlichen Lohn fortbezieht*. 9

Da Ferien immer bezahlte Freizeit sind, sollte für vereinbarte Arbeitsunterbrüche nicht der Begriff "unbezahlte Ferien" verwendet, sondern von "unbezahlter Freizeit" gesprochen werden. Aus dem gleichen Grunde ist bei vereinbartem mehrtägigem Aussetzen ohne Lohnzahlung infolge schlechter Wirtschaftslage nicht der Begriff

---

[4] Art. 324 OR; [5] Art. 324a OR; [6] vgl. auch 4. Kapitel A IV 4 hienach;
[7] vgl. 5. Kapitel B II 2 hienach; [8] vgl. 5. Kapitel B III 1 hienach;
[9] vgl. TSCHUDI S. 10 ff und S. 17 SMOLENSKY S. 13, BAERLOCHER S. 1, CANNER-SCHOOP N. 1 zu Art. 64 ArbG, SCHWEINGRUBER S. 171 sowie Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 16. Mai 1966.

"Zwangsferien" angebracht. Dieser sollte für wirkliche Ferien reserviert bleiben, die wegen beachtlicher Betriebsinteressen unabhängig von den Interessen des Arbeitnehmers zu einem bestimmten Zeitpunkt bezogen werden müssen*. 10

2.4 Urlaub

Mitunter wird anstatt von Freizeit und Ferien von Urlaub gesprochen. Der Begriff "Urlaub" hat sich aus dem althochdeutschen "urloub" über das mittelhochdeutsche "urlup" oder "urloup" entwickelt. Seine Grundbedeutung war anfänglich Erlaubnis schlechthin, später die Erlaubnis eines Vorgesetzten oder einer Dame an einen Untergebenen, sich zu entfernen. In der Neuzeit verstand man darunter hauptsächlich die zeitweilige Befreiung vom Dienst*. 11

Zum Teil wird der Begriff Urlaub nur anstelle von Ferien verwendet, zum Teil versteht man darunter auch bestimmte Arten von Freizeit*. 12
Gebräuchlich ist er in Deutschland, wo zwischen Urlaub schlechthin und bezahltem Erholungsurlaub unterschieden wird*. Das Beamten- 13
gesetz des Bundes unterscheidet zwischen Ferien und Urlaub, wobei es unter letzterem jede Dienstaussetzung wegen anderer Gründe als Krankheit, Unfall oder Militärdienst versteht*. 14

In privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen sollte der Begriff Urlaub nicht verwendet werden, da er der gesetzlichen Terminologie fremd ist. Der Begriff ist Rechtsverhältnissen vorzubehalten, die - wie neben öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen etwa der Militärdienst - die Person eng erfassen. Nur wo für die freie Zeit die eigentliche Erlaubnis eines Vorgesetzten notwendig ist, kann von der Wortbedeutung her der Begriff gerechtfertigt werden.

---

10 SAGZ 1975 S. 121; 11 Friedrich KLUGE, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 17. Auflage, Berlin 1957, S. 192, WEBER S. 31

12 WEBER (S. 1) bezeichnet jede Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht als Urlaub im weitesten Sinne, gleichgültig zu welchem Zwecke sie erfolge. Z. B. auch Streik, Aussperrung, Annahmeverzug und Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung.

13 vgl. § 1 Bundesurlaubsgesetz sowie NIKISCH S. 165 f: "Der Urlaub kann denn auch verschiedensten Zwecken dienen, so der Erledigung persönlicher Angelegenheiten oder dem Aufsuchen einer neuen Stelle."

14 Art. 50 Beamtengesetz, Art. 61 BO sowie C 1 364.

II. Voraussetzung und Rechtsnatur der Ansprüche

1. Arbeitsverhältnis als Voraussetzung

Wie jeder arbeitsvertragliche Anspruch entstehen auch die Freizeit- und Ferienansprüche des Arbeitnehmers nur unter der Voraussetzung, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Gerade wegen der Ansprüche auf bezahlte Freizeit oder auf Ferien ist in jedem Einzelfall genau abzuklären, ob ein Arbeitsvertrag oder ein anderer Vertragstypus Grundlage einer Arbeitsleistung bildet. So kann zum Beispiel wegen der Ferienentschädigung streitig sein, ob ein Werkvertrag oder ein Heimarbeitsvertrag abgeschlossen worden ist, denn der selbständige Unternehmer hat keinen Ferienanspruch. Nur der weisungsabhängige Arbeitnehmer hat Anspruch auf jene Leistungen.

Selbständig Erwerbende können nicht in den Genuss der arbeitsvertraglichen Ansprüche kommen. Sie haben es infolge freier Verfügung über ihre Arbeitszeit in der Hand, allein für entsprechende freie Zeit zu sorgen. Nicht anwendbar sind die gesetzlichen Vorschriften ferner auf Organe juristischer Personen, auf leitende Angestellte, für die Gesellschaftsrecht massgebend ist, auf Angehörige eines Unternehmers, die lediglich im Rahmen familienrechtlicher Verpflichtungen arbeiten, sowie auf Personen, die aus gemeinnützigen Beweggründen im Dienste karitativer oder religiöser Institutionen Arbeit leisten*. 15

In all diesen Fällen ist nicht Arbeitsvertragsrecht anwendbar, es sei denn, die Parteien hätten entsprechende Ansprüche vertraglich vereinbart. So werden die Arbeitsbedingungen - namentlich etwa der Ferienanspruch - von Direktoren, Geschäftsführern und Prokuristen trotz deren Organstellung häufig ausdrücklich festgelegt und arbeitsvertraglich ausgestaltet.

Die gesetzlichen Ansprüche entstehen unabhängig von der Form des Einzelarbeitsvertrages. Der Vertrag gilt auch dann als abgeschlossen und löst die Ansprüche aus, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist. Hat der Arbeitnehmer gutgläubig aufgrund eines Arbeitsvertrages Arbeit geleistet, der sich nachträglich als ungültig erweist, so hat er dennoch Anspruch auf die Leistungen, bis der Vertrag wegen Ungültigkeit aufgehoben wird*. 16

In ähnlichem Sinne räumt das Arbeitsgesetz seinen Schutz jedem im Betrieb Beschäftigten ein, unabhängig davon, ob ein gültiger Arbeitsvertrag vorliegt oder nicht*. Anderseits schliesst es Arbeitnehmer, 17

---

15 vgl. OSER-SCHOENENBERGER N. 8 zu Art. 320 OR, SCHWEINGRUBER S. 38 f, SCHENK S. 2 ff

16 Art. 320 OR;

17 Art. 1 ArbG

die eine höhere leitende oder eine wissenschaftliche oder selbständige künstlerische Tätigkeit ausüben, nebst andern Personen, die wegen selbständiger Arbeit und beweglichen Stundenplänen nicht schutzbedürftig erscheinen, vom öffentlich-rechtlichen Schutz aus*. 18

Wie der Vollarbeiter hat auch der Teilzeitarbeiter als Arbeitnehmer die üblichen Ansprüche*. Ebenso eine blosse Aushilfe mit nur gelegentlicher Tätigkeit, sofern nicht ein Vertretungsverhältnis vorliegt, das nach Auftragsrecht zu beurteilen wäre*. Beim temporären Arbeitnehmer besteht gegenüber der temporären Organisation ein Arbeitsverhältnis, das die entsprechenden Ansprüche begründet. Zum Teil treffen die öffentlich-rechtlichen Pflichten auch den Kunden der Organisation als Inhaber des beschäftigenden Betriebs*. Steht ein Teilzeitbeschäftigter gleichzeitig in zwei oder mehreren Arbeitsverhältnissen und sind sich die einzelnen Arbeitgeber dessen bewusst, so können trotzdem gewisse privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Vorschriften sinngemäss nicht angewendet werden (z.B. Schwarzarbeitsverbot, Höchstarbeitszeiten, Grenzen der Tagesarbeit, Ueberstunden, Ueberzeit, Schichtarbeit)*. 19 20 21 22

2. Rechtsnatur der Ansprüche

2.1 Im allgemeinen

Freizeit und Ferien werden gelegentlich nicht als Ansprüche des Arbeitnehmers betrachtet, sondern als blosse Beschränkung seiner Verpflichtung. Der Arbeitgeber habe ihm nicht freie Zeit zu gewähren, sondern sein Anspruch auf Arbeitsleistung bestehe für diese Zeit gar nicht*. Diese Auffassung mag zutreffen, falls die Arbeitspflicht umfangmässig und zeitlich zum voraus ganz genau festgelegt wird. Wenn restlose Klarheit über Umfang und Lage von Arbeitszeit auf der einen und Freizeit auf der andern Seite herrscht, wird richtigerweise nicht von einem Anspruch, sondern lediglich von einer beschränkten Verpflichtung des Arbeitnehmers gesprochen. Wo jedoch die zeitliche Lage vorerst bestimmt werden muss, unterliegt der Arbeitnehmer grundsätzlich der Arbeitspflicht. Er hat dann bloss einen Anspruch auf Entbindung von seiner Verpflichtung. Handelt es sich um bezahlte Freizeit, so reicht die Konstruktion als Arbeitszeitbeschränkung ebenfalls nicht mehr aus. 23

---

18 Art. 3 ArbG sowie Art. 4 (Familienbetriebe). Vgl. auch Bbl 1960 II 947 f

19 Art. 319 Abs. 2 OR, vgl. Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 23. Juni 1969 (BlZR 1971 Nr. 53)

20 vgl. Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Baselstadt vom 23. April 1970 (BJM 1972 S. 178)

21 vgl. zu den Besonderheiten bei Teilzeitarbeit und temporärer Arbeit Roland von BUEREN und Urs Ch. NEF

22 SCHWEINGRUBER S. 24

23 vgl. von BUEREN S.161; SCHOENENBERGER, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1933 S. 98 a

Soweit der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer neben dem ordentlichen Umfang der Freizeit aus bestimmten Anlässen zusätzliche Freizeit zu gewähren hat, so stellt diese eine arbeitsvertragliche Leistung dar, deren Begründung zum Teil mehr im Persönlichkeits- und zum Teil mehr im Vermögensschutz liegt*. Im Einzelfall ist zu prüfen, 24
ob der Entgeltscharakter überwiegt oder ob ausschliesslich persönliche Interessen des Arbeitnehmers die Freistellung notwendig erscheinen lassen.

2.2 Rechtsnatur der Ferien

In der Literatur hat besonders die Rechtsnatur der Ferien Anlass zu Auseinandersetzungen gegeben. In den Anfängen der Gewährung von Ferien verbreitete sich die Auffassung, diese seien eine Schenkung des Arbeitgebers. Er verzichte freiwillig auf die Arbeit und schenke dem Arbeitnehmer für die Dauer der Ferien den Lohn. Die Schenkungstheorie wurde jedoch durch immer häufigere Gewährung überholt. Die für die Gültigkeit des Schenkungsversprechens notwendige Schriftform, die Widerrufsmöglichkeit des Schenkers und der Hinfall des Versprechens bei zusätzlichen finanziellen Belastungen oder bei Zahlungsunfähigkeit genügten den praktischen Anforderungen nicht mehr*. 25

Auch die Auffassung, die Gewährung von Ferien stelle eine sittliche Pflicht des Arbeitgebers dar, vermochte sich nicht zu halten. Ferien wurden immer häufiger als vertragliche Leistung des Arbeitgebers angesehen, worauf der Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch habe*. Mit allgemeiner Anerkennung eines Anspruchs des Arbeit- 26
nehmers auf Ferien gingen die Meinungen darüber auseinander, ob sie ein zusätzliches Entgelt für geleistete Arbeit darstellten, oder ob ihr Rechtsgrund in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers liege.

Nach vorerst gegenteiliger Ansicht setzte sich die Fürsorgetheorie in der national-sozialistischen Zeit vorwiegend in Deutschland durch. Das Arbeitsverhältnis wurde nicht mehr als reines Schuldverhältnis angesehen. Die Treue- und Befolgungspflicht wurden stark hervorgehoben. Anderseits auferlegte man dem Arbeitgeber verstärkte Fürsorgepflichten*. Noch heute schuldet der Arbeitgeber nach deutscher 27
Lehre und Praxis die Ferien, weil er für das gesundheitliche Wohlergehen des Arbeitnehmers zu sorgen hat*. 28

Die Fürsorgetheorie wird vereinzelt auch in der Schweiz verfochten*. 29
Ihre Anhänger verweisen auf die zwingenden Mindestvorschriften über

---

24 vgl. Botschaft 1967 S. 40, REHBINDER S. 56
25 Art. 243, 249 und 250 OR, vgl. SMOLENSKY S. 14 f, WEBER S. 35 ff, TSCHUDI S. 148
26 SCHWEINGRUBER, Stand der Feriengesetzgebung S. 31
27 TSCHUDI S. 149 ff
28 vgl. NIKISCH S. 443, HUECK-NIPPERDEY S. 394, MOLITOR S. 84 ff
29 WEBER S. 35 ff und BAERLOCHER S. 40

die Feriendauer, die längeren Mindestferien für Jugendliche und Lehrlinge, den Verlust bei Schwarzarbeit, die Unteilbarkeit und das Abgeltungsverbot während der Dauer des Arbeitsverhältnisses*. 30
Vorherrschend ist hierzulande jedoch die Entgeltstheorie. Sie entspricht der gesetzlichen Ausgestaltung besser. Das revidierte Arbeitsvertragsrecht kennt keine allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, lediglich die Pflicht, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf seine Gesundheit Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Im übrigen ist der Arbeitsvertrag wie jeder obligationenrechtliche Vertrag ein Rechtsverhältnis, in dem die gesetzlich oder vertraglich geschuldeten Leistungen ausgetauscht werden. Ferien sind deshalb wie Lohn, Provisionen, Gratifikationen, Abgangsentschädigungen und Ersatzleistungen für Arbeitsverhinderung Gegenleistung des Arbeitgebers für die Arbeit, die der Arbeitnehmer in seinen Diensten erbracht hat*. Gegen die Fürsorgetheorie spricht auch die Regelung des An- 31
spruchs im Privatrecht, die anteilsmässige Bemessung bei unvollständigem Dienstjahr, die Kürzung für Arbeitsverhinderung sowie die Prozentregelung für nicht dauernde Heimarbeit. Beruhten die Ferien auf der Fürsorgepflicht, müsste dem Arbeitnehmer unter Umständen bei schlechtem Geschäftsgang infolge der Treupflicht zugemutet werden, ganz oder teilweise auf sie zu verzichten, wenn ihr Bezug für den Arbeitgeber eine übermässige Belastung darstellte. Der Ferienanspruch kann jedoch keinesfalls von der Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers abhängig sein. Auch wenn der Gesetzgeber durch zwingende Mindestvorschriften dem Gedanken des Arbeitnehmerschutzes Rechnung getragen hat, so ändert dies an der Entgeltsnatur der Ferien nichts. Für die Ausrichtung des ordentlichen Lohnes bestehen ebenfalls Schutzvorschriften, ohne dass man deswegen die Lohnzahlung als Fürsorgeleistung betrachtete*. 32

2.3 Bedeutung der Rechtsnatur

Die Rechtsnatur der Ansprüche hat nicht grosse praktische Bedeutung. Streitfragen sind im Einzelfall in erster Linie nach dem Vertragswillen der Parteien zu beurteilen. Dennoch kann sie bei der Auslegung der gesetzlichen Ansprüche und bei Vertragslücken ausschlaggebend sein, namentlich etwa bei der Frage der Abtretung oder Vererblichkeit der auf die Freizeit oder die Ferien entfallenden Lohnzahlung*. 33

---

30 BAERLOCHER S. 38 ff; 31 vgl. TSCHUDI S. 149 ff;
32 vgl. zur Entgeltsnatur der Ferien SMOLENSKY S. 15, TSCHUDI S. 149 ff, CANNER-SCHOOP N. 1 zu Art. 64 ArbG, Eidgenössisches Feriengesetz, Eingabe des Landesverbandes freier Schweizer Arbeiter, S. 9, STREIFF S. 90 sowie ständige Rechtsprechung des
33 Gewerbegerichts Zürich, z.B. Urteil vom 12. Dezember 1967
vgl. 5. Kapitel B I 2 hienach

III. Rechtfertigung der Ansprüche

1. Notwendigkeit arbeitsfreier Zeit

Die Notwendigkeit arbeitsfreier Zeit wird heute nicht mehr in Frage gestellt. Während in der vorindustriellen Zeit der Arbeitnehmer ununterbrochen dem Arbeitgeber zur Verfügung stand und einzig natürliche Gegebenheiten wie der Feierabend bei Einbruch der Dunkelheit oder Arbeitsruhe an Feiertagen für Erholung sorgten, sind heute Arbeitsverhältnisse ohne geregelte Arbeitszeit kaum mehr denkbar. Die heutige Arbeitsintensität, die anhaltende Mechanisierung und die mit der Arbeitsteilung verbundene Monotonisierung der Arbeitsvorgänge beansprucht die körperlichen und geistigen Kräfte in einem Masse, das genügende Erholung zwingend notwendig macht. Das gesteigerte Persönlichkeitsbewusstsein der Arbeitnehmer, die bessere Ausbildung, die gewachsenen Lebensbedürfnisse, die neu erschlossenen Lebensbereiche, das erhöhte soziale Verantwortlichkeitsgefühl der Arbeitgeber und viele andere Gründe haben zum Ausbau der arbeitsfreien Zeit beigetragen.

2. Gesundheitliche Gesichtspunkte

2.1 Ermüdung und Erholung

Jede Arbeit ermüdet. Das Nachlassen der Muskelkräfte bei körperlichen Arbeiten lässt sich unschwer durch Messungen und Tests feststellen. Weniger einfach ist die Messung der durch die Arbeitsleistung bewirkten geistigen Ermüdung. Geistige Anstrengung kann ebenso ermüden wie körperliche. In beiden Fällen ist Ueberanstrengung schädlich. Während körperliche Ueberanstrengung die körperliche Leistungsfähigkeit beeinträchtigt, schadet die geistige den Nerven. Nicht nur geistige Arbeit kann die Nerven überbelasten, sondern grundsätzlich jede Tätigkeit, zu der eine grosse Willensanstrengung notwendig ist. Vor allem eintönige Arbeiten wie die Verrichtungen an einem Fliessband, die geistig keine Ansprüche stellen, können auf die Dauer nervenaufreibend werden. Die Eintönigkeit des Arbeitsablaufes lässt Interessen, Gefühle und persönliche Beziehung des Arbeitnehmers zur Arbeit absterben. Dadurch wird der Zwang zur Arbeit grösser. Der Arbeitnehmer muss mehr Willenskraft aufbringen, damit er die Arbeit durchsteht*. Der spezialisierte und technisierte Arbeitsprozess [34] greift heute weniger die physischen als die psychischen Kräfte an. Dass hauptsächlich die geistige Ueberanstrengung gefährlich ist, zeigt das in den letzten Jahren bedenkliche Anwachsen der Zahl von Kreislaufkrankheiten, Herzinfarkten, Stressleiden und Fällen chronischer Schlaflosigkeit.

34 vgl. KAUFMANN S. 96 ff, der darauf hinweist, dass Autofahrten auf Autobahnen den Lenker trotz angenehmerer Fahrt stärker ermüden als solche auf Landstrassen.

Um die körperliche oder nervliche Uebermüdung zu vermeiden, muss jede Arbeit in kürzeren und längeren Abschnitten unterbrochen werden. Der menschliche Organismus unterliegt in allen seinen Funktionen einem ständigen Wechsel von Leistung und Erholung. Jedes physiologische Experiment zeigt, dass sich alle Leistungen, seien es solche von einzelnen Nerven, Muskeln oder von biochemischen Reaktionen, verlangsamen und verschlechtern, wenn keine oder zu kurze Ruhepausen gestattet werden. Je grösser die verlangte Leistung, desto länger müssen die Ruhezeiten sein*. Das ständige körperliche und geistige Erholungsbedürfnis wird durch Einschalten von Pausen in die tägliche Arbeit, durch die tägliche und wöchentliche Ruhezeit und durch die jährlichen Ferien befriedigt. [35]

2.2 Art der Erholung

Erholung ist eine völlig individuelle Angelegenheit, die sich kaum definieren lässt. Sie resultiert nicht einfach aus einem Nichtstun, sondern vielmehr aus dem Zusammenwirken von Ausspannung, Ruhe und Abwechslung. Jede freiwillige Tätigkeit des Arbeitnehmers bringt ihm Erholung von der notwendigen, vielleicht gegen seinen Willen übernommenen Erwerbsarbeit. So ist einerseits körperliche Erholung durch blossen Arbeitswechsel, durch Betätigung im eigenen Garten, durch Sport und dergleichen und anderseits geistige Erholung, zum Beispiel durch Weiterbildung, Lesen, Besuch von Ausstellungen und künstlerischen Anlässen möglich*. [36]

2.3 Notwendige Zeit für ausreichende Erholung

2.3.1 Pausen

An Pausen werden aus arbeitsmedizinischer Sicht neben dem üblichen Arbeitsunterbruch am Mittag je eine Unterbrechung von 10 bis 15 Minuten vormittags und nachmittags zur Einnahme von Zwischenverpflegung empfohlen. Dies als Mindestmass für Arbeiten mittlerer Intensität mit arbeitsablaufbedingten Wartezeiten. Für Arbeiten hoher Intensität ohne Wartezeiten zusätzlich zu den Verpflegungspausen je eine bis zwei Kurzpausen von fünf Minuten*. [37]

Kurzfristig hat sodann hauptsächlich die tägliche Ruhezeit für Erholung zu sorgen. Sie sollte so bemessen werden, dass sich die Belastung des Arbeitnehmers ausgleichen kann. Wird die Ermüdung nicht vollständig beseitigt, so bleiben Ermüdungsreste am nächsten Tag bestehen. Ueber längere Zeit kumulieren sich diese fehlenden Erholungszeiten zu einem Uebermüdungszustand. Dieser muss zur Ver-

---

[35] BAETTIG S. 4; [36] vgl. Max WEBER, Erholung und Einkommen S. 54 ff
[37] GRANDJEAN S. 91

meidung der Gefahr gesundheitlicher Schädigung von Zeit zu Zeit behoben werden. Dazu dienen in kürzeren Abständen die wöchentliche Ruhezeit, also das freie Wochenende, und auf längere Sicht die Ferien.

2.3.2 Tägliche und wöchentliche Ruhezeit

Die tägliche Arbeitszeit sollte nicht im Hinblick auf die längerfristigen Erholungsmöglichkeiten ausgedehnt werden. Ein längeres Wochenende bildet nach physiologischen Erkenntnissen keinen ebenbürtigen Ersatz für ein verlängertes tägliches Arbeitspensum. Nach gesundheitlichen Gesichtspunkten ist die Ueberschreitung einer täglichen Arbeitszeit von acht Stunden bei intensiver Arbeit - etwa in modernen, nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geleiteten Industrieunternehmen mit rationell durchorganisierter Arbeit und mittleren bis hohen Beanspruchungen - mit Nachteilen verbunden. Eine Verlängerung ohne schädliche Nebenwirkungen lassen nur leichtere Arbeiten oder Beschäftigungen mit zahlreichen arbeitsablaufbedingten Pausen zu*. Aus arbeitsmedizinischer Sicht bietet die 5-Tage- 38
Woche nur einen Vorteil, wenn die tägliche Arbeitszeit acht oder allerhöchstens achteinhalb Stunden nicht überschreitet. Arbeitszeitregelungen, welche die 5-Tage-Woche nicht durchwegs gewähren und dafür eine tägliche Arbeitszeit von achteinhalb Stunden nicht überschreiten, werden gegenüber der durchgehend gewährten 5-Tage-Woche mit längeren täglichen Arbeitsleistungen als physiologisch günstiger betrachtet*. 39

2.3.3 Ferien

Trotz den täglichen und wöchentlichen Erholungsmöglichkeiten bilden sich sozusagen bei allen regelmässigen Arbeiten gewisse Uebermüdungszustände, die nur durch einen längeren Arbeitsunterbruch ausgeglichen werden können. Diesem Zweck dienen die Ferien. Neben den gesteigerten Beanspruchungen am Arbeitsplatz tragen auch Verpflichtungen und Einflüsse des Freizeitbereichs zur Ermüdung des Arbeitnehmers bei. Schädliche Umwelteinflüsse wie Lärm, Abgase und Gefahren des Strassenverkehrs, unbefriedigende Wohnverhältnisse in Grossüberbauungen sowie die durch wachsende Bedürfnisse entstandenen vermehrten gesellschaftlichen Verpflichtungen belasten den Arbeitnehmer zusätzlich. Die ordentliche Freizeit lässt damit weniger Raum zu wirklicher Erholung, so dass die Ferien diese Aufgabe ganz oder teilweise übernehmen müssen*. 40

---

[38] GRANDJEAN S. 81

[39] GRANDJEAN S. 83

[40] vgl. Bbl 1960 II 1012

Vom gesundheitlichen Standpunkt aus haben Ferien nur dann eine nachhaltige Wirkung, wenn ein völliges Ausspannen während einer gewissen Mindestdauer möglich ist. Namentlich bei Ortsveränderungen tritt die gewünschte Erholungswirkung erst ein, wenn sich der menschliche Organismus auf die ungewohnten Lebensbedingungen eingestellt hat. Diese Umstellungsphase dauert nach medizinischen Erfahrungen eine bis zwei Wochen. Richtige Erholung mit halbjähriger gesundheitlicher Nachwirkung ist erst ab dritter Ferienwoche möglich. Kürzere Ferien zeitigen in der Regel keinen gesundheitlichen Erfolg. Der Arbeitnehmer verliert verhältnismässig rasch seine scheinbar wiedergewonnene volle Leistungsfähigkeit und ist recht bald wieder erholungsbedürftig*. 41

3. Soziologische, soziale und psychologische Gesichtspunkte

3.1 Veränderte Verhältnisse am Arbeitsplatz

Die gewaltige technische Entwicklung in den letzten 50 Jahren hat die Arbeit in den Betrieben stark verändert. Nicht nur in Fabrikbetrieben, sondern auch in andern Wirtschaftszweigen wird das Arbeitsleben heute von Spezialisierung, Rationalisierung, Mechanisierung, Datenverarbeitung und Automatisierung geprägt. Während der Arbeitnehmer im vorindustriellen Produktionsprozess noch grosse Freiheit in der Gestaltung der Arbeit hatte, muss er sich heute in die durchorganisierten Arbeitsabläufe einordnen oder sich ihnen sogar unterordnen. Die Technisierung der Arbeitswelt erfasst den Menschen nur noch als Arbeitskraft, womit er zur Maschine herabzusinken droht. Diese Gegebenheiten steigern die Abhängigkeit des Arbeitnehmers von Vorschriften, Anordnungen und Weisungen des Arbeitgebers*. 42

Der heutige Arbeitsprozess nimmt weitgehend keine Rücksicht mehr auf individuelle Wünsche und Fähigkeiten des Arbeitnehmers. Die Zahl der Arbeitnehmer, die in der Arbeit nicht mehr einen Mittelpunkt ihrer Persönlichkeit sehen und keine Befriedigung finden, ist beachtlich gestiegen. Für viele Arbeitnehmer ist die Arbeit heute kaum mehr als ein notwendiges Uebel zur Sicherung ihrer Existenz. Im Gegensatz zu früher decken sich heute Arbeits- und Lebensraum nur noch in Einzelfällen*. 43

---

41 vgl. A. HITTMAIR, Wissenschaft vom Urlaub (Münchener medizinische Wochenschrift 1959 S. 1329 ff), WEBER S. 85, TSCHUDI S. 34 f, Amtl. Bull. NR 1969 S. 789 sowie BIENER (S. 355), der auf eine Statistik verweist, wonach in der Umstellungsphase zu Beginn der Ferien mehr Herzinfarkte zu verzeichnen sind als im Jahresdurchschnitt.

42 vgl. WEBER S. 32, HUG, St. Galler Festgabe 1965, S. 216 f sowie Botschaft 1967 S. 34

43 vgl. KAUFMANN S. 82

Die verstärkte persönliche Abhängigkeit und die in zunehmendem Masse fehlende Befriedigung bedrohen nicht in erster Linie die Gesundheit des Arbeitnehmers, sondern seine Persönlichkeit. Es genügt nicht, dass ihm die notwendige Erholungszeit eingeräumt wird, er muss darüber hinaus Gelegenheit haben, seine Persönlichkeit ausserhalb des Arbeitsplatzes entfalten zu können.

3.2 Entfaltung der Persönlichkeit

Die Vorschriften über Freizeit und Ferien wurden ursprünglich allein mit dem Schutz des Arbeitnehmers vor Ueberanstrengung gerechtfertigt. Soweit es sich um öffentlich-rechtliche Bestimmungen des kantonalen Rechts handelte, kam aus Gründen der Verfassungsmässigkeit keine andere Rechtfertigung als der gesundheitspolizeiliche Schutz in Frage. Mehr und mehr zeigte sich jedoch, dass nicht nur Gesichtspunkte des Gesundheitsschutzes, sondern auch sozialpolitische Elemente berücksichtigt werden mussten*. Neben der Si- 44
cherung der Freizeit, die der Arbeitnehmer zur Wiedererlangung der körperlichen und geistigen Leistungsfähigkeit braucht, schuf man ihm zusätzliche freie Zeit zur Entfaltung seiner Persönlichkeit und zur Teilnahme am kulturellen Leben*. Die gesundheitspolitische 45
Rechtfertigung ist mittlerweile weitgehend durch die sozialpolitische abgelöst oder zumindest ergänzt worden.

In dieser zusätzlichen Freizeit kann der Arbeitnehmer die im Berufe nicht verwirklichte Persönlichkeit vervollkommnen. Er kann seine Begabungen und seine persönlichen Interessen zur Entfaltung bringen. Damit erlangt er die notwendige Befriedigung und ein gewisses Freiheitsbewusstsein, ohne welches das Funktionieren einer Demokratie und der soziale Frieden in Frage gestellt wären*. Je 46
unbefriedigter der Arbeitnehmer von seinem Berufe ist, desto mehr Zeit braucht er, um durch ausserberufliche Betätigung seine Gesamtpersönlichkeit zu erreichen*. 47

3.3 Teilnahme am gesellschaftlichen Leben

Der Arbeitnehmer soll als Mensch an den kulturellen Errungenschaften teilhaben können*. Die Arbeitnehmerorganisationen bestre- 48
ben sich, die arbeitsfreie Zeit für Kultur und Förderung der Bildung

---

44 vgl. PFANNER S. 19; 45 vgl. Bbl 1960 II 966, SCHWEINGRUBER, Sozialgesetzgebung S. 114, KAUFMANN S. 84 ff

46 vgl. HUMBERT-DROZ S. 4

47 vgl. K. BIENER (S. 357), wonach Untersuchungen ergeben haben, dass bei grösserer beruflicher Zufriedenheit die rezeptiven Freizeitbeschäftigungen (Radio, Kino, Fernsehen, Illustrierte, Kriminalromane (usw.) und bei geringerer Zufriedenheit die produktiven Tätigkeiten (Hobbies, Vereine, Sport usw.) vorwiegen.

der Arbeitnehmer zu erschliessen. Verbesserte kulturelle und staatspolitische Einsicht der Arbeitnehmer hebt ebenfalls das Verständnis für den Staat und seine Probleme, kommt also wiederum der Allgemeinheit zugute.

Das Zeitalter der Technik hat dem Arbeitnehmer weitere Lebensbereiche erschlossen. Die Massenmedien haben neue Möglichkeiten aufgezeigt und die auf Massenkonsum ausgerichtete Industrie hat sie greifbar werden lassen. Das zusammenhängende zweitägige Wochenende und die Ferien zogen neue Verhaltensweisen nach sich, die bei einer verkürzten täglichen Arbeitszeit wegen der ordentlichen häuslichen Pflichten nicht denkbar gewesen wären*. Noch vor 49
50 Jahren lebte man glücklich ohne Wochenendreisen, Besuch auswärtiger Sport- oder Unterhaltungsanlässe und ähnliche Vergnügungen, heute sind sie aus dem täglichen Leben kaum mehr wegzudenken. Die familiären, gesellschaftlichen und staatlichen Verpflichtungen, denen der Arbeitnehmer nachkommen sollte, haben zugenommen. Das Privatleben des Arbeitnehmers beansprucht mehr Zeit.

3.4 Qualität des Lebens

Mit verbesserter wirtschaftlicher Stellung des Arbeitnehmers ist im übrigen meist der Wunsch nach Bezug eines Teils des Mehreinkommens in Form von Freizeit verbunden*. Sobald der Arbeitneh- 50
mer einkommensmässig über dem Existenzminimum steht, gewinnt der Ruf nach vermehrter persönlicher Entfaltung an Bedeutung. Man besinnt sich der Qualität des Lebens und möchte den durch vermehrte Arbeit erworbenen Wohlstand auch geniessen können. Denn was nützen all die materiellen Errungenschaften, wenn sie der Arbeitnehmer infolge ständiger Arbeit brach liegen lassen muss? Arbeit ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck der Lebensführung - einer sinnvollen Lebensführung!

3.5 Bessere Arbeitsmoral bei vermehrter Freizeit

Es ist unmöglich, mehrere Stunden ohne Unterbruch mit hundertprozentiger Hingabe zu arbeiten. Besonders bei Präzisionsarbeiten und andern Tätigkeiten, die ein hohes Mass an Konzentration erfordern, sowie bei schweren körperlichen Arbeiten. Die Verringerung der Arbeitszeit zieht deshalb nicht notwendigerweise einen proportionalen Leistungsausfall nach sich. Bei Verdoppelung der Arbeits-

---

48 vgl. Art. 22 der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte durch die UNO vom 10. Dezember 1948, wonach jeder Mensch Anspruch darauf habe, zu dem "für seine Würde und die freie Entwicklung seiner Persönlichkeit unentbehrlichen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gelangen."

49 vgl. RÜEGG S. 149;

50 SAMUELSON, zitiert in GewRS 1971 S. 234

zeit wird selten doppelte Leistung erbracht. Diese Erfahrungen machte man vor allem während des Krieges, als man durch rücksichtslose Verlängerung der Arbeitszeiten - zum Teil unter Missachtung der Sonntagsruhe - die Produktion von Kriegsmaterial zu steigern suchte*. Deutschland und England hoben sogar den Ferienanspruch auf. Die ungünstigen Auswirkungen der ununterbrochenen Arbeit zwangen diese Staaten im Interesse der Produktionssteigerung jedoch bald wieder zur Feriengewährung zurück*. 51 52

Die Einstellung des Arbeitnehmers zur Arbeit ist wesentlich besser, wenn er eine Abwechslung vor sich sieht. Endlos scheinende Arbeitslast lähmt den Arbeitswillen. Kürzere Arbeitszeiten steigern nicht nur die Leistungsfähigkeit, sondern auch die Leistungsbereitschaft.

Höhere Arbeitsbelastung steigert die Häufigkeit von Abwesenheiten während der Arbeitszeit, von sogenanntem Absentismus. Schon bei geringer Erhöhung der täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit kann eine rasche Zunahme der kurzen, meist eintägigen Absenzen festgestellt werden. Der Grund liegt gewöhnlich nicht in der erhöhten Krankheitsanfälligkeit, sondern in der schlechteren Arbeitsmoral. Bereits bei unbedeutendem Unwohlsein erfolgt Krankmeldung, und in vermehrtem Masse lassen sich die Arbeitnehmer verlocken, zur Erledigung persönlicher Angelegenheiten der Arbeit fern zu bleiben. Die Neigung zu Absentismus ist bei schwerer Arbeit ausgeprägter als bei leichter, bei älteren Arbeitnehmern ausgeprägter als bei jungen und bei Frauen ausgeprägter als bei Männern*. 53

4. Ethische und religiös-konfessionelle Gesichtspunkte

4.1 Freizeit als Menschenrecht

Die Erhaltung der Gesundheit des Arbeitnehmers ist ein Gebot der Menschlichkeit. Auch die Teilhabe an den kulturellen Gütern und den angenehmen Seiten des Lebens wird als Menschenrecht aufgefasst*. Artikel 24 der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, von der Generalversammlung der UNO am 10. Dezember 1948 genehmigt und verkündet, hält denn auch ausdrücklich fest: "Jeder Mensch hat Anspruch auf Erholung und Freizeit sowie auf eine vernünftige Begrenzung der Arbeitszeit und auf periodischen, bezahlten Urlaub.". 54

---

51 SCHMID S. 15; 52 Eidgenössisches Feriengesetz, Eingabe des Landesverbandes freier Schweizer Arbeiter S. 4 f
53 vgl. KAUFMANN S. 107 ff, BAETTIG S. 10
54 vgl. WEBER S. 7, TSCHUDI S. 35, SCHWEINGRUBER, Sozialgesetzgebung S. 53

4.2 Christliche Lehren

Das vierte der zehn Gebote des Christentums befasst sich ebenfalls mit der Arbeitsruhe. Es enthält die religiöse Rechtfertigung des arbeitsfreien Sonntags.

Darüber hinaus haben sich namentlich die katholischen Soziallehren mit der Arbeit beschäftigt. Sie setzten sich nach den christlichen Grundsätzen der Nächstenliebe stets für sozialen Ausgleich und möglichst günstige Arbeitsbedingungen ein. Niederschlag haben sie zur Hauptsache in den päpstlichen Enzykliken Rerum Novarum (Leo XIII), Quadragesimo Anno (Pius XI), Mater et Magistra und Pacem in Terris (Johannes XXIII) sowie Populorum Progressio (Paul VI) gefunden. Diese Enzykliken werden heute zur Rechtfertigung verschiedener Ansprüche der Arbeitnehmer beigezogen. Die Lehren stellen den Menschen in den Mittelpunkt, was auch bei der Ansprache Papst Pauls VI. vom 10. Juni 1969 anlässlich des 50. Jahrestages der Internationalen Arbeitsorganisation in Genf* zum Ausdruck gekommen ist: "Bei der Arbeit steht der Mensch an erster Stelle. Mag er Künstler oder Handwerker sein, Unternehmer, Arbeiter oder Bauer, mag er Handarbeit verrichten oder geistig tätig sein, es ist immer der Mensch, der arbeitet, und es ist immer der Mensch, für den er arbeitet. Damit hat es ein Ende mit dem Vorrang der Arbeit vor dem Arbeiter, mit der Ueberlegenheit der technischen und wirtschaftlichen Erfordernisse über die menschlichen Bedürfnisse. Niemals mehr die Arbeit über den Arbeiter, niemals mehr die Arbeit gegen den Arbeiter, jedoch stets die Arbeit für den Arbeiter, die Arbeit im Dienste des Menschen, jedes Menschen und des ganzen Menschen.". 55

5. Wirtschaftliche Gesichtspunkte

5.1 Bessere Arbeitsqualität und weniger Arbeitsausfälle

Nur der hundertprozentig leistungsfähige und leistungswillige Arbeitnehmer erbringt vollwertige Arbeit. Ist er nicht ausgeruht, nicht entspannt oder unzufrieden, so wird sich dies in Quantität oder Qualität des Arbeitsergebnisses niederschlagen. Der Arbeitnehmer kann in solchen Fällen die gute Atmosphäre am Arbeitsplatz gefährden, indem er beispielsweise eine schlechte Laune auf seine Kollegen überträgt. Dass solche Arbeitskräfte unwirtschaftlich sind, liegt auf der Hand. Sie sind zudem schadensgeneigter als ausgeglichene Arbeitnehmer. Einmal ist das Risiko fehlerhafter Arbeit grösser, die den Arbeitgeber schadenersatzpflichtig machen kann, und dann besteht bei gefährlichen Tätigkeiten eine erhöhte Wahrscheinlichkeit von Selbstunfällen oder anderweitigen Schadenereignissen.

---

55 vgl. Text in GewRS 1969 S. 220

Die mit der Leistungsbereitschaft verbundene Verminderung der unvorhergesehenen Abwesenheiten verhindert schadenbringende Störungen im Betriebsablauf. Eine zuverlässige Arbeitskraft lässt sich nutzbringender in den Arbeitsprozess eingliedern.

5.2 Vermehrte Nachfrage nach Konsumgütern

Der Arbeitnehmer tritt grundsätzlich nur während der Freizeit als Konsument auf. Seine Konsumbedürfnisse entstehen zudem hauptsächlich infolge der Lebensführung ausserhalb der Arbeitszeit. Während der Arbeit oder für die Arbeit konsumiert er wenig. Vermehrte Freizeit schafft daher vermehrte Nachfrage nach Konsumgütern, jedenfalls solange nicht der Lohn entsprechend der herabgesetzten Arbeitszeit gekürzt wird.

Mit steigendem Einkommen wachsen die Ausgaben für Erholung und Ferien nicht nur proportional, sondern progressiv. Erst bei höheren Einkommen und bei Ueberschreitung einer bestimmten Nutzschwelle dürfte sich das Verhältnis wieder ändern*. Von zunehmender Freizeit oder längeren Ferien profitieren bei gleichbleibenden Löhnen vorwiegend die Freizeitindustrie, das Gastgewerbe und der Tourismus. [56]

5.3 Gestehungskosten und Produktivität

Vermehrte Freizeit bei gleichem Lohn erhöht die Gestehungskosten und verteuert dadurch das Arbeitserzeugnis. Durch die steigenden Preise sinkt die Konkurrenzfähigkeit, was zu einem Nachfragerückgang und früher oder später zu Einschränkungen in der Produktion mit den unerwünschten Nebenwirkungen von Entlassungen oder Kurzarbeit führen wird. Kapitalintensive Branchen werden diese Folgen weniger rasch verspüren als arbeitsintensive.

Ohne Rückgang des Produktionsvolumens kann zusätzliche Freizeit unter Verzicht auf Lohnkürzung nur gewährt werden, wenn der Arbeitsprozess eine entsprechende Rationalisierung erlaubt, nur wenn dank gesteigerter Produktivität die Preise nicht erhöht werden müssen*. [57]

5.4 Rezessionsbedingte Freizeit

Verschiedentlich glaubte man, beispielsweise durch Gewährung von zusätzlichen Ferien Arbeitslosigkeit bekämpfen zu können*. Aus den [58]

---

[56] vgl. Max WEBER, Erholung und Einkommen S. 61

[57] vgl. zu den wirtschaftlichen Wirkungen der Arbeitszeitverkürzung MICHAELIS S. 12 ff, KAUFMANN S. 127 ff, WILLI S. 30

[58] vgl. Eidgenössisches Feriengesetz, Eingabe des Landesverbandes freier Schweizer Arbeiter, S. 7 und Internationale Arbeitskonferenz, Bezahlter Urlaub, 19. Tagung, Genf 1935, S. 91

oben dargelegten Gründen bewirkt jedoch zusätzliche Freizeit ohne entsprechende Lohnkürzung in der Regel das Gegenteil. So führte denn der Bundesrat in seiner Stellungnahme zu den Fragen der Internationalen Arbeitskonferenz betreffend bezahlten Urlaub im Jahre 1936 aus*: "Die allgemeine Wirtschaftslage ist noch immer 59
recht unbefriedigend, und es ist nicht sicher, dass bald eine Besserung eintreten wird. Verschiedene Industriezweige, die bisher ihrem Personal freiwillig Ferien gewährt haben, mussten sich der Not der Zeit fügen. In einem Zeitpunkt, da viele Arbeitnehmer ganz und andere teilweise ohne Beschäftigung sind, erscheint uns die allgemeine Einführung des bezahlten Urlaubs äusserst schwierig. Es ist auch zu bemerken, dass diese Massnahme ebenso wie die Verkürzung der Arbeitszeit unvermeidbar eine Erhöhung der Gestehungskosten bewirken würde, von der hauptsächlich die Länder mit hohen Löhnen, wie die Schweiz, betroffen würden; hierdurch würde ihre internationale Konkurrenzfähigkeit in Frage gestellt.".

Durch das erneute Auftreten von Ganz- und Teilarbeitslosigkeit hat die seit Jahren geführte Diskussion um die Einführung der 40-Stunden-Woche Auftrieb erhalten. Neben den bisherigen Argumenten wird die Verkürzung der Arbeitszeit nun hauptsächlich damit begründet, dass der Arbeitsmarkt verflüssigt und neue Arbeitsplätze geschaffen würden. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass die Schaffung neuer Arbeitsplätze bei gleicher Produktion in jedem Falle die Gestehungskosten verteuert und somit die Konkurrenzfähigkeit herabsetzt. Selbst wenn der Lohn entsprechend gekürzt würde, entstünden zusätzliche Kosten infolge der notwendigen Erweiterung von Infrastruktur und Verwaltung sowie durch Mehraufwand an Energie, Versicherungsleistungen, Material und dergleichen. Die schlechte Beschäftigungslage konzentriert sich überdies nur auf bestimmte Branchen und Regionen. Ob unter diesen Umständen eine öffentlich-rechtliche Herabsetzung der Höchstarbeitszeit auf dem Arbeitsmarkt die gewünschte Wirkung zu entfalten vermöchte, erscheint zweifelhaft, da ein branchenweiser und regionaler Austausch von Arbeitskräften nicht ohne weiteres möglich ist.

Die öffentlich-rechtliche Verkürzung der Arbeitszeit erweist sich damit nicht als geeignetes Mittel zur Herbeiführung eines wirtschaftlichen Aufschwungs. Besonders ein exportabhängiges Land wie die Schweiz kann sich hinsichtlich internationale Wettbewerbsfähigkeit auf keine Experimente einlassen. Das richtige Verhältnis von Arbeitszeit und Freizeit muss sich nach wie vor als Synthese zwischen sozialer Wünschbarkeit und wirtschaftlicher Möglichkeit einspielen.

---

59 Internationale Arbeitskonferenz, Bezahlter Urlaub, 20. Tagung, Bericht II, S. 16. Im gleichen Sinne auch Holland (S. 13).

2. Kapitel: Geschichtliche Entwicklung der Ansprüche

I. Vorindustrielle Zeit

1. Altertum

In einfachen Kulturen ältester Zeit bestand keine Notwendigkeit zur Ordnung der Arbeitszeit. Die Arbeiten waren naturverbunden und überstiegen kaum das Mass, das man zum Lebensunterhalt brauchte. Nach anstrengenden Tätigkeiten wie Beutezügen, Jagd oder kriegerischen Auseinandersetzungen sorgten zum Teil mehrtägige Feste für genügend Ausgleich. Aehnlich liegen die Verhältnisse weitgehend noch heute in unterentwickelten Staaten.

Erstmals findet sich neben Zeugnissen von Festlichkeiten und grossen Festtagen eine Freizeitordnung im alten Babylonien. Die ersten Bewohner Arkadiens heiligten jeden siebenten Tag ihres Mondmonats zu Ehren der Sonne als streng arbeitsfreien Tag*. [1]

Die Einteilung in Wochen zu sieben Tagen mit der Heiligung eines Tages fand über Aegypter und Griechen namentlich zur Zeit von Augustus Eingang ins römische Reich. Sie schlug sich in der Schöpfungsgeschichte der Genesis und in den 10 Geboten nieder: "Sechs Tage sollst du arbeiten, am siebenten aber sollst du ruhn" *. [2]

Im römischen Recht spielte der Arbeitsvertrag nur eine geringe Rolle. Die Arbeit wurde vorwiegend von Sklaven geleistet, die rechtlich den Sachen gleichgestellt waren. Gegenstand eines Arbeitsvertrags konnten nur operae illiberales, im wesentlichen Handarbeiten, sein. Denn die operae liberales - die höheren Dienste, vor allem geistige Arbeitsleistungen - galten als ehrenamtliche Verrichtungen, die zuerst unentgeltlich und in der Kaiserzeit nur gegen einen Ehrensold (honorarium) erbracht wurden. Auf die operae illiberales fand der Vertragstyp der Locatio conductio operarum (Vermietung der eigenen Arbeitskraft) Anwendung. Doch selbst die Sklaven kamen zu gewissen Zeiten zu einer Arbeitsruhe. Neben den feriae Latinae beim Amtsantritt der Konsuln und anderen Festanlässen dienten insbesondere die feriae servorum in der Zeit des Saturnalienfestes zwischen dem 17. und 23. Dezember einer mehrtägigen Arbeitsruhe. Die Landarbeiter kamen zudem im Vorsommer und im Herbst während der messivae et vendemiales feriae zu einem Unterbruch der Arbeit*. [3]

---

[1] VUILLEUMIER S. 21; [2] VUILLEUMIER S. 22, 27 ff

[3] vgl. WEBER S. 2 sowie CICERO, Librum II, Cap. XII: "Feriarum festorumque dierum ratio in liberis requietem habet litium et iurgiorum, in servis operum et laborum."

2. Mittelalter

Bis ins hohe Mittelalter beruhte die Arbeit auf Eigentum, Leihe oder Miete. Während der Grund- und Gutsherrschaft bestand eine starke persönliche oder dingliche Bindung zwischen Arbeiter und Herrn. Dieser konnte durch Kauf, Tausch, Diebstahl, Verknechtung oder gewaltsame Unterwerfung Eigenleute gewinnen. Nachkommen unfreier Eigenleute und solche, die dem Gesetz der ärgeren Hand folgten, fielen dem Herrn zu. Daneben gab es Leute, die ihre Arbeitskraft gegen Miete, Natural- oder Geldlohn einem Herrn anerboten. Sie konnten standesmässig zu Freien, Freigelassenen oder Unfreien gehören. In jedem Fall stand aber nicht nur ein Teil der Arbeitskraft, sondern die ganze Person des Arbeitenden dem Herrn zur Verfügung. Erst nach manchen Uebergangsstufen entwickelte sich ein eigentliches Schuldverhältnis*. Die personenrechtlichen Bindungen mit gegenseitigen Treupflichten wirkten im deutschen Raum noch lange nach. Während vom Arbeitnehmer strenger Gehorsam erwartet wurde, schuldete der Arbeitgeber Schutz und Fürsorge. Auf genauere Regelungen von Arbeits- und Freizeit wurde daher verzichtet. 4

In der Zunftzeit sorgten neben den Sonntagen zahlreiche kirchliche Feiertage für die notwendige Erholung. Dazu kamen die "blauen Montage", an denen nach verbreiteter Uebung selbständig frei genommen werden konnte. Gegen Ende des Mittelalters wurde neben dem Sonntag der Montag oftmals als regelmässiger arbeitsfreier Tag erwähnt*. Zunft- und Gewerbeordnungen schützten den Arbeitnehmer vor Ueberanstrengung. 5

---

[4] vgl. LOUIS CARLEN, Zur Geschichte des Arbeitsrechts in der Schweiz (ZSR 1972, 1. Halbband S. 239 ff)

[5] vgl. WEBER S. 2 f, TSCHUDI S. 33

II. Zeitalter der Industrialisierung

1. Auswirkungen des Liberalismus

Mit dem Aufkommen der Maschinen- und Fabrikarbeit im 17. und 18. Jahrhundert verschlechterten sich die Arbeitsbedingungen zusehends. Der Arbeitnehmer wurde fest in den Produktionsprozess eingegliedert. Dieser erforderte grössere Arbeitsdisziplin. Ein eigenmächtiges Fernbleiben vom Arbeitsplatz konnte nicht mehr geduldet werden. Darüber hinaus beseitigte die französische Revolution eine Vielzahl kirchlicher Feiertage. Trotz anstrengender Arbeit nahm man dem Arbeitnehmer die Erholungsmöglichkeiten*. Die 6
im Zuge des Liberalismus in den Vordergrund gerückte Handels- und Gewerbefreiheit hob die Bindungen des Unternehmers an Zunft- und Gewerbeordnungen auf. Die Arbeit wurde zur Ware. Niedere Löhne und lange Arbeitszeiten kennzeichneten die Arbeitsverhältnisse. Die Mechanisierung ermöglichte Beschäftigung von Frauen und Kindern sowie umfangreiche Nachtarbeit. Der wirtschaftliche Wert der Arbeitskraft sank, die sozialen Missstände nahmen als Folge des liberalistischen Grundsatzes "laissez faire, laissez aller" rasch zu.

2. Sozialpolitische Interventionen

Das Arbeitszeitproblem wurde zum Hauptproblem der Sozialpolitik. Um das Jahr 1800 waren Arbeitszeiten von täglich 16 Stunden keine Seltenheit. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts entstanden zum Schutz des Arbeitnehmers vor den negativen Auswirkungen des Liberalismus die ersten eigentlichen Arbeitszeitbeschränkungen. England als liberalistische Hochburg ging mit der Schutzgesetzgebung voran, da die Zustände dort am schlimmsten waren. Die ersten Erlasse galten jugendlichen und weiblichen Arbeitnehmern*, während die erwachse- 7
nen männlichen Arbeitnehmer später geschützt wurden.

In der Schweiz verlief die Entwicklung gleich. Erstmals verbot eine Verordnung des Kantons Zürich vom 7. November 1815 die Beschäftigung von Kindern vor zurückgelegtem 9. sowie Nachtarbeit vor zurückgelegtem 15. Altersjahr und beschränkte die tägliche Arbeitszeit für Jugendliche vor der Konfirmation auf 12 bis 14 Stunden. Ab 1840 erliessen die Kantone Zürich, Glarus, Baselstadt, Baselland, Schaffhausen, Aargau und Tessin weitere Schutzvorschriften in den kantonalen Fabrikgesetzen. Glarus zeichnete sich durch die erste europäische Festlegung eines Normalarbeitstages für erwachsene männliche Arbeitnehmer aus (Gesetz über die Arbeit in Baumwollspinnereien aus dem Jahre 1848). Neben den Fabrikgesetzen entstan-

---

6 vgl. WEBER S. 2 f, TSCHUDI S. 33

7 Zuerst "moral and health acts" von 1802

den die ersten kantonalen Gesetze über Sonntagsheiligung, Sonntagsruhe und öffentliche Ruhetage*. 8

Nach unorganisierten Einzelvorstössen der Arbeitnehmer erhielt die Schutzgesetzgebung durch die Vereinigung der Arbeitnehmer zur internationalen Arbeiterbewegung neuen Antrieb. Die Arbeiterbewegung forderte 1870 die Verkürzung der täglichen Arbeitszeit auf 8 Stunden. Diese Forderung sollte jedoch erst 1918 im Washingtoner Abkommen von den meisten Industriestaaten anerkannt werden.

---

8 vgl. Bbl 1960 II 910 ff sowie KAUFMANN S. 10 ff

III. Entwicklung im 20. Jahrhundert

1. Oeffentlich-rechtliche Arbeitszeitvorschriften des Bundes

1.1 Fabrikgesetzgebung

Die Bundesverfassung von 1848 gab dem Bund noch keine Kompetenz zum Erlass von Arbeitsschutzvorschriften. Die Totalrevision von 1874 schuf die Grundlage für einheitliche eidgenössische Bestimmungen über die Verwendung von Kindern in den Fabriken und über die Dauer der Arbeit erwachsener Personen in denselben*. Gestützt darauf erliess der Bund 1877 das erste eidgenössische Fabrikgesetz. Dieses sah einen höchstens 11-stündigen Normalarbeitstag und das grundsätzliche Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit vor. Es wurde 1905 durch die Beschränkung der Samstagsarbeit ergänzt*. Das Fabrikgesetz wurde 1914 revidiert, konnte jedoch des Krieges wegen erst 1920 als neues Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken mit einer Novelle aus dem Jahre 1919 in Kraft treten. Anstelle des zuerst vorgesehenen 10-stündigen Arbeitstages führte das neue Gesetz die 48-stündige Normalarbeitswoche ein*.

9

10

11

1.2 Gewerbewesen

Die Verfassungsrevision von 1908 ermächtigte den Bund, auch auf dem Gebiete des Gewerbewesens einheitliche Bestimmungen aufzustellen*. Auf diese Verfassungsgrundlage stützten sich die Bundesgesetze über die Beschäftigung der jugendlichen und weiblichen Personen in den Gewerben vom 31. März 1922, über die wöchentliche Ruhezeit vom 26. September 1931, das Mindestalter der Arbeitnehmer vom 24. Juni 1938 und die Heimarbeit vom 12. Dezember 1940 sowie die Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer vom 4. Dezember 1933. Durch diese Erlasse wurden die Verhältnisse im Gewerbe denjenigen in den Fabriken angeglichen.

12

1.3 Arbeitsgesetz

Auch wenn der Begriff "Gewerbewesen" weit ausgelegt wurde, blieben doch Zweige wie Land- und Forstwirtschaft oder Hausdienst unerfasst. Bundesrechtliche Schutzvorschriften wären mangels Verfassungsgrundlage nicht möglich gewesen. Durch die Schaffung der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung im Jahre 1947 wurden die be-

---

[9] Art. 34 Abs. 1 BV; [10] BG vom 1. April 1905 betreffend die Samstagsarbeit in den Fabriken

[11] BG vom 27. Juni 1919, in Kraft gesetzt am 1. Januar 1920

[12] Art. 34ter BV

stehenden Kompetenzlücken geschlossen, indem der Bund die Gesetzgebungskompetenz zum Arbeitnehmerschutz schlechthin erhielt*. 13
Auf dieser Grundlage konnte das Arbeitsgesetz vom 13. März 1964, in Kraft seit 1. Februar 1966, für den Bereich von Industrie, Gewerbe und Handel einheitliche Vorschriften erlassen*. 14

1.4 Oeffentlicher Verkehr

Eigene Wege ging die Gesetzgebung bei den Transportanstalten, weil hier neben allgemeinen Gesichtspunkten die Verkehrssicherheit zu berücksichtigen war. Das Bundesgesetz über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872 enthielt noch keine eigentliche Arbeitszeitordnung. Immerhin schrieb es vor, dass jeder dritte Sonntag frei zu gewähren sei. Das erste Arbeitszeitgesetz von 1890 begrenzte die tägliche Höchstarbeitszeit auf 12 Stunden und schuf 52 arbeitsfreie Tage pro Jahr, wovon 17 Sonntage. Nach einer Verbesserung im Jahre 1902 brachte die Revision von 1920 den 8-Stunden-Tag und die Erhöhung der Ruhetage auf 56. Das Arbeitszeitgesetz wurde 1971 revidiert und in der neuen Fassung am 28. Mai 1972 in Kraft gesetzt. Die tägliche Arbeitszeit beträgt nun 7 Stunden 20 Minuten und die Zahl der Ruhetage 60, worunter 20 Sonntage*. 15

2. Anderweitige Arbeitszeitbeschränkungen

Neben der bundesrechtlichen Gesetzgebung sorgten weiterhin kantonale Erlasse für verbesserte Arbeitsbedingungen, soweit die Zuständigkeit nicht an den Bund übergegangen war. So boten kantonale Filmgesetze dem Kinopersonal, Gastwirtschaftsgesetze den Arbeitnehmern des Gastgewerbes und Ladenschlussvorschriften Arbeitnehmern im Detailhandel ausschliesslichen oder zusätzlichen Freizeitschutz*. 16

Für die nicht gesetzlich geschützten Branchen wie Landwirtschaft und Hausdienst schufen die Kantone Mindestordnungen in Normalarbeitsverträgen, wie beispielsweise der Kanton Tessin im Jahre 1930 durch den Normalarbeitsvertrag für weibliche Hausangestellte*. 17

Nach dem 2. Weltkrieg erlebte zudem das Kollektivrecht der Verbände einen bemerkenswerten Aufschwung. Die Zahl der Gesamtarbeitsverträge nahm stark zu. Die Regelung der Arbeitszeit gehörte neben den Lohnzahlungsvorschriften zu ihrem Hauptbestand. Sie enthielten gegenüber der gesetzlichen Ordnung zusehend günstigere Bestimmungen*. 18

13
14 Neuformulierung von Art. 34ter Abs. 1 (lit. a)
Näheres zum Werdegang des Arbeitsgesetzes: MAX HOLZER, Werdegang und Aufbau des Arbeitsgesetzes (NAEGELI S. 17 ff) sowie Bbl 1960 II 910 ff
15
16 vgl. Art. 4 und 10 ArbZG sowie Bbl 1971 I 440 ff (Botschaft zum ArbZG)
vgl. Bbl 1960 II 910 ff, HUG S. 8 ff

3. Privatrechtliche Freizeit

Das Obligationenrecht von 1881 enthielt keine Bestimmungen über arbeitsvertragliche Freizeit. Immerhin konnte schon damals nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts innerhalb der Schranken des Gesetzes und der guten Sitten der Umfang der Arbeitsleistung beliebig vereinbart werden.

Bei der Revision von 1911 wurde der Anspruch auf die üblichen freien Stunden und Tage sowie auf Freizeit zur Stellensuche ins Gesetz aufgenommen*. Dagegen wurde eine obligationenrechtliche Ferienbestimmung mit grosser Mehrheit abgelehnt*. Erst im Zusammenhang mit dem Erlass des Arbeitsgesetzes fand eine Ferienordnung Eingang ins Obligationenrecht.

4. Entwicklung des Ferienanspruchs

4.1 Anfänge

Solange das Ringen um die 48-Stunden-Woche anhielt, war nicht an die Forderung nach gesetzlichen Ferien zu denken. Zuerst musste die ständige Belastung infolge langer täglicher Arbeitszeiten beseitigt werden, da diese durch den Nutzen eines jährlichen Arbeitsunterbruchs nicht aufgewogen werden konnte. Mit der Verwirklichung der 48-Stunden-Woche setzte das Ringen der Arbeitnehmer um den Ferienanspruch ein.

Um die Jahrhundertwende zeigten sich im Ausland erste Ansätze eines Ferienanspruchs. 1901 erliess England das erste Feriengesetz. Dieses gewährte Frauen und Jugendlichen eine zusammenhängende Arbeitspause von sechs Tagen*. Im Zuge der internationalen Entwicklung fanden die Ferien auch in der Schweiz Eingang. Bis zum ersten Weltkrieg jedoch nur so vereinzelt, dass die Meinung aufkam, schon Freizeit ohne Lohnzahlung bringe dem Arbeitnehmer eine Vergünstigung*.

Die ersten Ordnungen entstanden im öffentlichen Dienst von Bund und Kantonen. Ein Bundesratsbeschluss vom 21. Februar 1879 sah vor, dass der Departementsvorsteher bei Vorliegen besonderer Gründe auf Gesuch hin maximal drei Wochen Urlaub bewilligen konnte. Nach und nach entwickelte sich aus dieser Regelung ein wirklicher, von keinen bestimmten Voraussetzungen mehr abhängiger Ferienanspruch*.

---

17 HUMBERT-DROZ S. 15; 18 vgl. Bbl 1960 II 915, 1015
19 Art. 341 OR, heute Art. 329 OR
20 Protokoll der Expertenkommission vom 4. März 1909, S. 12 f
21 WEBER S. 3
22 SMOLENSKY S. 11 f; 23 TSCHUDI S. 18 f

Wegbereiter eigentlicher Ferien waren auch Ordnungen, die das Zusammenfassen mehrerer wöchentlicher Ruhetage zu einem längeren Arbeitsunterbruch gestatteten*. 24

Diese Ansprüche blieben nicht ohne Einfluss auf Einzel-, Normal- und Gesamtarbeitsverträge. 1906 gewährte die erste Firma mit 100 Arbeitnehmern Ferien. 1907 räumte der Verband schweizerischer Maschinenindustrieller allen Arbeitnehmern mit mehr als zehn Dienstjahren im gleichen Betrieb sechs Tage Ferien ein*. 25

4.2 Kantonale Feriengesetze

Die sich verbreitenden vertraglichen Ordnungen veranlassten den Gesetzgeber, die Ferien allgemein vorzuschreiben. Da Ferien damals noch als Massnahme des Gesundheitsschutzes betrachtet wurden, waren die Kantone zur gesetzlichen Regelung zuständig. Das erste kantonale Feriengesetz erliess Bern im Jahre 1908 zum Schutze der Lohnarbeiterinnen. Es gewährte 6 Tage Ferien nach 1 Jahr, 8 Tage nach 2, 10 Tage nach 3 und 12 Tage nach über 3 Jahren. Der Kanton Tessin erfasste 1912 als erster auch erwachsene männliche Arbeitnehmer, wobei jedoch der zehntägige Ferienanspruch auf kaufmännische und technische Angestellte beschränkt war. Die erste umfassende Ferienordnung für alle Arbeitnehmer schuf der Kanton Basel-Stadt mit dem Gesetz betreffend die Gewährung jährlicher Ferien vom 18. Januar 1931. Dieses sah während der ersten fünf Dienstjahre 6 Werktage, vom sechsten bis zum zehnten Dienstjahr 9 und sodann 12 Werktage Ferien vor*. 26

Seit den 30er Jahren gelangte der Ferienanspruch zu allgemeiner Verbreitung. Weitere kantonale Regelungen folgten: Wallis (1933), Tessin (1936/1953), Waadt (1944), Solothurn (1946), Glarus (1947), Genf (1947/1959), Zug (1948), Baselland (1949), Neuenburg (1949/1959), Schwyz (1950), Zürich (1952/1960), Luzern (1955). Schaffhausen und Aargau bereiteten Regelungen vor, die übrigen zehn Kantone verzichteten auf gesetzliche Ordnungen*. 27

4.3 Ansätze im Bundesrecht

Das Bundesrecht enthielt lediglich Ferienvorschriften im Arbeitszeitgesetz von 1902 (mit Revisionen von 1920 und 1948), im Bundesgesetz betreffend das Dienstverhältnis der Bundesbeamten von 1927 und im Berufsbildungsgesetz von 1930*. 28

---

24 z. B. Gesetz betreffend das Wirtschaftsgewerbe und den Kleinverkauf geistiger Getränke vom 31. Mai 1896 des Kantons Zürich, wonach der alle drei Wochen zu gewährende Ruhetag durch zweimaligen Urlaub von je vier Tagen abgelöst werden konnte, sowie Eidgenössisches Arbeitszeitgesetz von 1902, wonach von den jährlich 52 Ruhetagen mindestens acht Tage als zusammenhängender Urlaub zu gewähren waren.

25 WEBER S. 4;

26 vgl. Näheres TSCHUDI S. 18 ff

Nachdem Ferien üblich geworden waren, wurde verschiedentlich versucht, einen privatrechtlichen Anspruch aus der Pflicht des Arbeitgebers auf Gewährung der üblichen Freizeit (Art. 341 OR) herzuleiten*. Eine derartige Ausweitung von Art. 341 OR war jedoch 29
unzulässig. Der Gesetzgeber schuf diesen Tatbestand allein für bestimmte kurze Abwesenheiten des Arbeitnehmers. Die Gerichtspraxis schützte denn auch entsprechende Meinungen nicht*. 30

4.4 Bundesrechtliche Normierung

Mit der Zeit wurde der Ruf nach einer allgemeinen bundesrechtlichen Ordnung des Ferienanspruches laut. Die Rechtszersplitterung und die nicht zu rechtfertigenden Rechtsunterschiede drohten infolge der unterschiedlichen kantonalen Ausgestaltung zu grosse Ausmasse anzunehmen. Ursprünglich strebte man eine öffentlich-rechtliche Regelung im Arbeitsgesetz an. Im Verlaufe der Vorarbeiten setzte sich dann aber die Auffassung durch, dass ein zwingender privatrechtlicher Anspruch vorzuziehen sei*. Man wollte die bundesrechtliche 31
Ordnung jedoch nicht bis zur Revision des Arbeitsvertragstitels im Obligationenrecht aufschieben. Die Ferienordnung wurde deshalb zusammen mit dem Arbeitsgesetz beraten und am 1. Februar 1966 in Kraft gesetzt. Sie wurde privatrechtlich ausgestaltet und durch Schaffung eines neuen Artikels (341 bis) im Obligationenrecht untergebracht*. Bei der Revision des Arbeitsvertragsrechts wurde sie 32
überarbeitet und steht nun seit dem 1. Januar 1972 in der Form von Artikel 329 a bis e des Obligationenrechts in Kraft.

4.5 Entwicklung in Zahlen

Die zahlenmässige Entwicklung der Ferienansprüche ist aus den folgenden Angaben der schweizerischen Fabrikstatistik ersichtlich:

Von 100 Fabrikarbeitern hatten Ferien:* 33

Jahr	Anzahl Arbeitnehmer	1 - 6 Arbeitstage	7 - 12 Arbeitstage	13 und mehr Arbeitstage
1910	8			
1926	41,9	28,1	11,5	2,3
1937	66,2	41,0	20,3	4,9
1944	82,3	48,1	27,3	6,9
1954	96,5	24,5	45,5	26,5

[27] Bbl 1960 II 1013 f. Vgl. Näheres zur internationalen Entwicklung im Bericht der Internationalen Arbeitskonferenz, Bezahlter Urlaub, 19. Tagung, Genf 1935, S. 9 ff

Bis zum Inkrafttreten der obligationenrechtlichen Regelung hatten, jedenfalls gemäss eidgenössischer Betriebszählung von 1965, praktisch alle Arbeitnehmer einen Ferienanspruch (Sonderheft Nr. 82 der Volkswirtschaft, Bern 1971; vgl. auch Uebersichten von BEERLI S. 48 ff, Sonderheft Nr. 71 der Volkswirtschaft und 5. Kapitel A II 3.4 hienach).

---

28 vgl. Bbl 1960 II 1013; 29 so z.B. SMOLENSKY S. 18, unter Verweis auf BECKER und FICK, sowie WEBER S. 10

30 vgl. TSCHUDI S. 12 f

31 vgl. 5. Kapitel A I 1.1 hienach

32 vgl. Art. 64 ArbG

33 Volkswirtschaft 1956 S. 62 ff

3. Kapitel: Rechtsgrundlagen der Ansprüche auf Freizeit und Ferien

I. Internationale Abkommen

1. Im allgemeinen

Nach dem Grundsatz "Völkerrecht bricht Landesrecht" sind auch für die Ansprüche auf Freizeit und Ferien Staatsverträge oberste Rechtsquelle. Internationale Verträge, die sich mit diesem Rechtsgebiet befassen, sind allerdings selten. Die Schweiz ist an deren zwei gebunden, nämlich an das Abkommen von Chicago über die internationale Zivilluftfahrt vom 7. Dezember 1944 und an dasjenige über die Arbeitsbedingungen der Rheinschiffer vom 21. Mai 1954. Folgerichtig hat das Arbeitsgesetz die den beiden Abkommen unterstehenden Arbeitnehmer von seinem Geltungsbereich ausgenommen*. 1

2. Fliegendes Personal im internationalen Verkehr

Das Luftfahrtsabkommen* schreibt den Vertragsländern Mitarbeit 2
an der Vereinheitlichung von Vorschriften betreffend fliegendes Personal vor. Zu diesem gehören Luftfahrzeugführer, Navigatoren, Bordfunker und Bordmechaniker einerseits und das Kabinenpersonal anderseits. Das Eidgenössische Luftamt überwacht die Einhaltung der Schutzvorschriften.

3. Rheinschiffer

Das Abkommen über die Arbeitsbedingungen der Rheinschiffer* re- 3
gelt eingehend die Nachtruhe während der Fahrt, die Arbeitszeit im Hafen und an den Lösch- und Ladestellen, die Ueberstunden, die Feiertage, die wöchentliche Ruhezeit und die Ferien. Es lässt für einzelstaatliche Regelungen keinen Raum mehr.

4. Internationale Uebereinkommen

Die Schweiz gehört der Internationalen Arbeitsorganisation - einer Sonderorganisation der UNO - seit deren Gründung nach dem 1. Weltkrieg als Mitgliedstaat an. Die Internationale Arbeitsorganisation gibt ihren Mitgliedern arbeitsrechtliche Empfehlungen ab und

---

1 vgl. Bbl 1960 II 945 ff und HUG N. 11 Einleitung sowie N. 11 zu Art. 3 ArbG

2 Art. 37 (AS 1971 S. 1305 ff); 3 vgl. Bundesratsbeschluss vom 28. Juli 1955 betreffend den Vollzug des internationalen Abkommens über die Rheinschiffer (AS 1959 S. 961 ff = SS 747.224.022.)

bereitet internationale Arbeitsübereinkommen vor. Diese verpflichten den Mitgliedstaat nur, sofern er sie ratifiziert. Mit der Unterzeichnung des Uebereinkommens geht ein Staat keine weitere Verpflichtung ein, als sie dem zuständigen Gesetzgeber zur Prüfung der Ratifikation vorzulegen.

Die Schweiz hat dennoch bei der Unterzeichnung stets die gleiche Strenge beachtet wie bei Staatsverträgen. Nur bei voller Uebereinstimmung mit dem Landesrecht und bei sichergestellter Durchsetzung trat sie den Uebereinkommen bei. Aus vielerlei Gründen konnte sie nur wenigen zustimmen. So ist beispielsweise das Uebereinkommen Nr. 52 von 1936 über den bezahlten Jahresurlaub mangels staatlicher Durchsetzungsmöglichkeit oder das Uebereinkommen Nr. 106 über die wöchentliche Ruhezeit im Handel und in Büros von 1957 wegen unterschiedlichen Geltungsbereichs nicht ratifizierbar. Trotzdem entfalten die Uebereinkommen auf die Gesetzgebung eine nicht unbeachtliche Wirkung, da sich der Gesetzgeber stets bemüht, dem internationalen Stand möglichst nahe zu kommen*.[4]

---

[4] vgl. Bbl 1960 II 932 ff, HUG N. 64 f Einleitung, derselbe in Grundsätzliche Fragen der Arbeitsgesetzgebung (NAEGELI S. 63 ff) sowie zur Frage der Ratifikation verschiedener internationaler Arbeitsübereinkommen durch die Schweiz Bbl 1950 I 22 ff

II. Oeffentlich-rechtliche Arbeitnehmerschutzvorschriften

1. Wirkungen öffentlich-rechtlicher Schutzvorschriften

Bund und Kantone können im Rahmen ihrer Zuständigkeit öffentlich-rechtliche Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer erlassen. Das Obligationenrecht behält ausdrücklich öffentlich-rechtliche Vorschriften des Bundes und der Kantone über die Arbeit und die Berufsbildung vor*. Solche Vorschriften bilden gesetzliche Schranken der Vertragsfähigkeit im Sinne von Art. 19 OR. Abweichende arbeitsvertragliche Vereinbarungen sind gemäss Art. 20 OR nichtig, soweit die öffentlich-rechtliche Vorschrift nicht etwas anderes anordnet oder sich aus dem Zweck des öffentlich-rechtlichen Gebotes oder Verbotes etwas anderes ergibt*. 5 6

Neben diesen negativen können die öffentlich-rechtlichen Schutzvorschriften auch positive Wirkungen entfalten. Soweit sie dem Arbeitgeber oder Arbeitnehmer eine Pflicht auferlegen, die Gegenstand eines Einzelarbeitsvertrages sein kann, hat die andere Partei einen zivilrechtlichen Erfüllungsanspruch*. 7

2. Eidgenössische Arbeitnehmerschutzvorschriften

2.1 Arbeitsgesetz

Hauptquelle öffentlichen Arbeitnehmerschutzrechts ist das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964, in Kraft seit 1. Februar 1966*. Ein Grossteil seiner Bestimmungen dient der Regelung von Arbeits- und Ruhezeit, wozu die Allgemeine Verordnung (Verordnung I)* in 92 Artikeln die grundlegenden Ausführungsbestimmungen liefert. Die Verordnung II zum Arbeitsgesetz* enthält Sondervorschriften für 37 Arten von Betrieben oder Gruppen von Arbeitnehmern, welche namentlich Arbeits- und Ruhezeit abweichend ordnen. 8 9 10

Die Bestimmungen von Gesetz und Verordnungen finden grundsätzlich Anwendung auf alle öffentlichen und privaten Betriebe, die dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigen. Ausgenommen vom Geltungsbereich sind öffentliche Verwaltungen, Betriebe, die dem Arbeitszeitgesetz oder dem Seeschiffahrtsgesetz unterstehen, Betriebe der landwirtschaftlichen Urproduktion sowie solche mit überwiegend gärtnerischer Pflanzenproduktion, Fischereibetriebe, private Haushaltungen und Familienbetriebe. Ferner Personen im Dienste von Kirchen, Angehöri-

---

5 Art. 342 Abs. 1 lit. b; 6 vgl. Botschaft 1967 S. 164
7 Art. 342 Abs. 2 OR; 8 AS 1966 S. 57 = SS 822.11
9 SS 822.111; 10 SS 822.112

ge religiöser Gemeinschaften, Personal öffentlicher Verwaltungen ausländischer Staaten oder internationaler Organisationen, fliegendes Personal internationaler Luftverkehrsbetriebe, Rheinschiffer, Arbeitnehmer mit höheren leitenden, mit wissenschaftlichen oder selbständigen künstlerischen Tätigkeiten, Assistenzärzte, Lehrer, Fürsorger, Erzieher und Aufseher in Anstalten, Heimarbeiter und Handelsreisende*. 11

2.2 Arbeitszeitgesetz

Im Bereich des öffentlichen Verkehrs sind die entsprechenden Schutzvorschriften im Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Arbeitszeitgesetz) vom 8. Oktober 1971 und in der dazugehörenden Verordnung vom 26. Januar 1972 nebst verschiedenen Ausführungsbestimmungen niedergelegt*. Dem Arbeits- 12
zeitgesetz unterstehen namentlich die Schweizerischen Post-, Telefon- und Telegraphenbetriebe, die Schweizerischen Bundesbahnen und die konzessionierten Transportunternehmungen. Es betrifft nicht nur öffentlich-rechtliche, sondern auch privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, da es auch private konzessionsbedürftige Transportunternehmungen erfasst.

Die Spezialordnung für die Unternehmungen des öffentlichen Verkehrs ist dadurch zu erklären, dass einerseits sich die getrennte gesetzliche Regelung seit langer Zeit eingelebt und bewährt hat, und anderseits die Sicherheit der Benützer des öffentlichen Verkehrs auf dem Spiele steht.

Das Arbeitszeitgesetz unterscheidet zwischen Betriebs- und Verwaltungsdienst*. Es findet auf Arbeitnehmer im Verwaltungsdienst 13
durchwegs keine Anwendung, sofern ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis besteht, und nur hinsichtlich Ferien bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. Im letzteren Fall gilt für Arbeits- und Ruhezeit sinngemäss das Arbeitsgesetz*. Auf Arbeitnehmer im Be- 14
triebsdienst ist das Arbeitszeitgesetz sowohl bei öffentlich-rechtlichen als auch bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen uneingeschränkt anwendbar.

2.3 Chauffeurverordnung

Im Interesse der Verkehrssicherheit drängte sich auch für Berufschauffeure eine Sonderordnung auf. Angesichts der Gefahr für den Strassenverkehr galt es hier, Ueberanstrengung und Uebermüdung des Fahrzeugführers zu vermeiden. Durch die Chauffeurverordnung vom 18. Januar 1966* wurden wöchentliche Höchstarbeitszeiten, 15

11
12 Art. 1 ff ArbG, vgl. Näheres in den Kommentaren zum ArbG
13 SS. 822.21 und 822.211, in Kraft seit 28. Mai 1972
14 vgl. Definition in Art. 5 ArbZV
15 Art. 2 Abs. 4 und Art. 13 ArbZG sowie Art. 20 ArbZV
AS 1966 S. 39 = SS 822.22

tägliche Pausen und Ruhezeiten und besondere Einschränkungen für den Dienst am Lenkrad festgelegt.

Die Arbeitszeitvorschriften der Chauffeurverordnung sind anwendbar auf Lenker schwerer Motorwagen mit einem Gesamtgewicht von mehr als 3,5 Tonnen, Sattelmotorfahrzeugen und gewerblicher Traktore mit einem Zuggewicht von über 5 Tonnen sowie leichter Motorwagen bis 3,5 Tonnen Gesamtgewicht bei Durchführung gewerblicher Personentransporte*. Dagegen fallen Chauffeure, die mit 16
werkeigenen Kleinomnibussen bis zu einem Gesamtgewicht von 3,5 Tonnen innerbetriebliche Personentransporte ausführen, nicht unter die Bestimmungen der Verordnung, sondern unter diejenigen des Arbeitsgesetzes oder des Arbeitszeitgesetzes*. 17

2.4 Seeschiffahrtsgesetz

Die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer auf Hochseeschiffen sind wegen der Probleme der Seefahrt besonders geordnet. Grundlage bildet das Bundesgesetz über die Seeschiffahrt unter Schweizerflagge (Seeschiffahrtsgesetz) vom 23. September 1953*. Der 4. Titel enthält Vorschriften über die Schiffsbesatzung. Der 2. Abschnitt regelt den Heuervertrag und die daraus entspringenden Streitigkeiten. Insoweit handelt es sich um privates Arbeitsvertragsrecht, wobei die Vorschriften überwiegend zwingend sind und teils überhaupt nicht, teils nicht zu Ungunsten des Seemanns geändert werden dürfen. Subsidiär kommt Obligationenrecht zur Anwendung, soweit das Seeschiffahrtsgesetz nichts anderes bestimmt*. 18 19

Ergänzende öffentlich-rechtliche Vorschriften über "Das Arbeitsrecht zur See" finden sich in der Vollziehungsverordnung zum Seeschiffahrtsgesetz, in der Seeschiffahrtsverordnung vom 20. November 1956* sowie im Bordreglement des Schweizerischen Seeschiffahrtsamts vom 15. November 1956*. 20 21

Gemäss amtlichem Bordreglement* kann der Reeder in einem persönlichen Bordreglement zusätzliche Bestimmungen über die Arbeit auf den von ihm betriebenen Seeschiffen erlassen, jedoch nicht solche, die im Widerspruch zu zwingenden Vorschriften des Gesetzes oder der Verordnung, zu den für die Schweiz geltenden internationalen Uebereinkommen und zum amtlichen Bordreglement stehen. 22

---

16 Art. 1 Chauffeurverordnung, mit bestimmten Ausnahmen
17 vgl. SAGZ 1967 S. 6
18 AS 1956 S. 1305 = SS 747.30; 19 Art. 68 Abs. 2 und Art. 162 Seeschiffahrtsgesetz
20 AS 1956 S. 1368 = SS 747.301; 21 AS 1956 S. 1423 = SS 747.341.8.
22 Das Reglement stützt sich auf Art. 67 Abs. 2 Seeschiffahrtsgesetz Art. IX

2.5 Berufsbildungsgesetz und Heimarbeitsgesetz

Oeffentlich-rechtliche Freizeitgarantien enthalten auch das Bundesgesetz über die berufliche Ausbildung vom 20. September 1963* und das Bundesgesetz über die Heimarbeit*. 23 24

3. Kantonale Arbeitnehmerschutzvorschriften

Mit Inkrafttreten der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung* im Jahre 1947, beziehungsweise mit der Wahrnehmung der Kompetenz zur Setzung von Arbeitnehmerschutzrecht durch den Bund, wurde die kantonale Zuständigkeit zum Erlass öffentlich-rechtlicher Arbeitnehmerschutzvorschriften stark beschnitten. So bleibt namentlich infolge der umfassenden Rechtsetzung des Arbeitsgesetzes in dessen Geltungsbereich kein Raum mehr für kantonales Arbeitnehmerschutzrecht. 25

Da die Kompetenz des Bundes jedoch nicht eine ausschliessliche ist, können die Kantone für die nicht bundesrechtlich erfassten Bereiche wie beispielsweise Landwirtschaft, gärtnerische Pflanzenproduktion, Fischereibetriebe oder private Haushaltungen weiterhin Schutzvorschriften erlassen*. Sie haben von dieser Möglichkeit kaum Gebrauch gemacht. 26

Die kantonale Zuständigkeit zum Erlass öffentlich-rechtlicher Vorschriften, die nicht zum eigentlichen Arbeitsschutzrecht gehören, sondern dieses nur mittelbar beeinflussen, bleibt unangetastet*, insbesondere die Befugnis zur Setzung von Polizeirecht. Das Arbeitsgesetz behält ausdrücklich Polizeivorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden vor, namentlich solche über die Bau-, Feuer-, Gesundheits- und Wasserpolizei sowie über die Sonntagsruhe und über die Oeffnungszeiten von Betrieben, die dem Detailverkauf, der Bewirtung oder der Unterhaltung dienen*. 27 28

---

[23] AS 1965 S. 321 = SS 412.10; [24] SS 822.31, Art. 7

[25] Art. 34ter Abs. 1 lit. a BV; [26] vgl. Näheres HUG N. 43 und 49 Einleitung sowie N. 19 ff zu Art. 71 - 73 ArbG und Bbl 1960 II 924

[27] vgl. Bbl 1960 II 924; [28] Art. 71 lit. c ArbG

III. Zwingende privatrechtliche Vorschriften

Der Gesetzgeber hat verschiedenen Freizeitansprüchen Schutz zukommen lassen, indem er sie, wenn auch privatrechtlich, so doch zwingend ordnete. Meist handelt es sich um Vorschriften, die nur zu Ungunsten der Arbeitnehmer unabänderlich sind. Im Vordergrund stehen die obligationenrechtlichen Bestimmungen über den freien Wochentag und über die jährlichen Mindestferien*. Zu denken ist auch an die Vorschriften betreffend den Heuervertrag im Seeschiffahrtsgesetz*. Absolut unabänderlich ist dagegen die Bestimmung über den Ferienlohn*. [29] [30] [31]

Die privatrechtliche Ordnung der Ansprüche hat den Vorteil, dass sie auf alle privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse Anwendung findet und somit grundsätzlich alle Arbeitnehmer des vom Gesetzgeber angestrebten Schutzes teilhaftig werden lässt, jedoch den Nachteil, dass jeder einzelne Arbeitnehmer allein für die Durchsetzung der Ansprüche sorgen muss.

---

[29] Art. 329 Abs. 1 und 2, 329 a, 329 b Abs. 2 und 3, 329 c Abs. 1, 345 a Abs. 2 und 3, 353 c OR

[30] Art. 68 ff, vgl. II 2. 4 hievor

[31] Art. 329 d OR

IV. Gesamtarbeitsverträge

1. Erwünschte Ergänzung der gesetzlichen Ordnung

Heute enthalten praktisch alle Gesamtarbeitsverträge Bestimmungen über Arbeitszeit, bezahlte freie Stunden und Tage, Feiertage und Ferien. Sie sind wichtige Quellen entsprechender Ansprüche geworden. Gesamtarbeitsvertragliche Ordnungen sind erwünscht, da sie den unterschiedlichen Bedürfnissen und Möglichkeiten der einzelnen Wirtschaftszweige Rechnung tragen können. Sie erlauben raschere Anpassung an die Entwicklung in Wirtschaft und Arbeitswelt sowie Abstimmung auf die Verhältnisse in einzelnen Betrieben. Zudem ermöglichen sie eingehendere Regelungen als das Gesetz.

Gegenüber diesem haben sie jedoch den Nachteil, dass ihr Bestand nicht gesichert ist, dass nach Ablauf oder Kündigung unter Umständen kein neuer Vertrag zustande kommt. Der Gesamtarbeitsvertrag wirkt nur zwischen Mitgliedern der vertragschliessenden Verbände. Der Arbeitgeber kann sich den gesamtarbeitsvertraglichen Verpflichtungen durch Austritt aus seinem Verband entziehen. In Zeiten nachlassender Konjunktur oder veränderter Kräfteverhältnisse zwischen den Parteien droht sodann rasch die Verkürzung der gesamtarbeitsvertraglichen Ansprüche der Arbeitnehmer. Trotz ihrer Wünschbarkeit bedürfen deshalb die gesamtarbeitsvertraglichen Ordnungen stets der Untermauerung durch gesetzliche Mindestansprüche*. [32]

2. Günstigkeitsprinzip

Die gesamtarbeitsvertraglichen Ordnungen können sowohl gegenüber öffentlichem Recht als auch gegenüber zwingendem Privatrecht zugunsten der Arbeitnehmer abweichen, sofern sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt*. [33]

Die gesamtarbeitsvertraglichen Ansprüche sind unabdingbar, soweit der Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt. Doch können abweichende einzelvertragliche Vereinbarungen zugunsten des Arbeitnehmers getroffen werden*. [34]

3. Geltungsbereich und mittelbare Wirkung

Der Geltungsbereich der Gesamtarbeitsverträge umfasst grundsätzlich nur die Mitglieder der vertragschliessenden oder nachträglich beigetretenen Verbände. Vorerst kommen somit nur die organisierten Arbeitnehmer in den Genuss der gesamtarbeitsvertraglichen Vergünstigungen.

---

[32] vgl. Bbl 1960 II 915 f, TSCHUDI S. 155 ff, HUMBERT-DROZ S. 8 f

[33] Art. 358 OR, vgl. z.B. Art. 329 e OR, 5. Kapitel A II 3.1 hienach

[34] Art. 357 OR

Die Vertragsparteien können jedoch zulassen, dass sich Aussenseiter durch schriftliche Erklärung dem Gesamtarbeitsvertrag anschliessen*, womit die Ansprüche auch für angeschlossene Arbeitnehmer Geltung haben. Möglich sind auch formlose Unterziehungserklärungen, die keinen rechtlichen Anspruch erzeugen, aber tatsächliche Gleichbehandlung bewirken*. Die Anschlussmöglichkeit kann von der Entrichtung angemessener Solidaritätsbeiträge abhängig gemacht werden. 35 36

Die Statuten eines Arbeitgeberverbandes können die Mitglieder verpflichten, den Gesamtarbeitsvertrag auf alle Arbeitnehmer anzuwenden, unabhängig von deren Mitgliedschaft (Gleichbehandlungsklausel). Für den aussenstehenden Arbeitnehmer entfaltet eine solche Klausel ebenfalls nur tatsächliche Wirkung*. 37

Zu umfassender Geltung gelangt eine gesamtarbeitsvertragliche Ordnung durch Allgemeinverbindlicherklärung*. Durch sie wird die Wirkung auf sämtliche Aussenseiter ausgedehnt. 38

Unabhängig von vertraglichen oder verbandlichen Verpflichtungen gewähren die einem Gesamtarbeitsvertrag unterstellten Arbeitgeber oft allein aus praktischen Gründen sämtlichen beschäftigten Arbeitnehmern die gleichen Freizeit- und Ferienleistungen. Viele Aussenseiter-Arbeitgeber halten sich freiwillig an die gesamtarbeitsvertragliche Ordnung*. Erreicht ein Gesamtarbeitsvertrag in einer bestimmten Branche weite Verbreitung, so kann er Indiz für herrschende Uebung werden. Dies wiederum ist von Bedeutung für Ansprüche, deren Bestand oder Umfang von der Uebung abhängt. Angesichts der weitreichenden Wirkungen erstaunt nicht, dass die Gesamtarbeitsverträge immer wieder den Weg für neue gesetzliche Ansprüche geebnet haben. 39

---

[35] Art. 356 b und c OR; [36] vgl. SCHWEINGRUBER/BIGLER S. 30

[37] vgl. SCHWEINGRUBER/BIGLER S. 28

[38] vgl. BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 (SS 221.215.311)

[39] Botschaft 1967 S. 110

V. Einzelarbeitsvertrag

Innerhalb der gesetzlichen Schranken können Freizeit und Ferien in jedem Einzelarbeitsvertrag beliebig geregelt werden*. Bei Missachtung übergeordneter gesetzlicher oder gesamtarbeitsvertraglicher Vorschriften müsste allenfalls der Richter die vereinbarten Ansprüche auf das erforderliche Mass erweitern. 40

Die Ansprüche sind namentlich in grösseren Betrieben, oft in Freizeit- und Ferienreglementen oder in schriftlichen Anstellungsbedingungen niedergelegt, welche einen integrierenden Bestandteil des Einzelarbeitsvertrages bilden. Schriftform ist jedoch grundsätzlich nicht notwendig, einzig etwa bei Sonderregelung des Ausgleichs für Ueberstundenarbeit, beim Lehrvertrag und beim Heuervertrag*. Sie ist mitunter zur Sicherung des Beweises zweckmässig, wenn wesentliche Abweichungen von den üblichen Ansprüchen vorliegen. 41

Möglich ist insbesondere stillschweigende Vereinbarung. Eine solche kann angenommen werden, wenn die Leistungen über längere Zeit vorbehaltlos erbracht und entgegengenommen wurden. Nicht nur persönliche Uebung, sondern auch betriebliche, berufliche und branchenmässige Uebungen sowie ein allfälliger Ortsgebrauch können Vertragsbestandteil bilden*. 42

---

40 Art. 19 und Art. 20 OR; 41 Art. 321 c Abs. 3 OR (vgl. 4. Kapitel B I 2.4 hienach). Art. 344 a OR und Art. 69 Abs. 2 Seeschiffahrtsgesetz

42 vgl. 4. Kapitel, A I 2.2 hienach

VI. Normalarbeitsverträge

Durch den Normalarbeitsvertrag werden für einzelne Arten von Arbeitsverhältnissen Bestimmungen über deren Abschluss, Inhalt und Beendigung aufgestellt*. In den meisten Normalarbeitsverträgen nehmen Vorschriften über Arbeits- und Ruhezeit den grössten Raum ein. 43

Die Kantone sind nach Obligationenrecht verpflichtet, für das Arbeitsverhältnis der landwirtschaftlichen Arbeitnehmer und der Arbeitnehmer im Hausdienst entsprechende Bestimmungen zu erlassen. Hauptgrund dieser Pflicht bildet der Umstand, dass Landwirtschaft und private Haushalte nicht dem Arbeitsgesetz unterstehen*. Die Kantone sind der Verpflichtung durchwegs nachgekommen. Nur in vereinzelten Fällen haben sie für ähnliche Arbeitnehmergruppen ebenfalls Normalarbeitsverträge geschaffen*. 44 45

Auf eidgenössischer Ebene bestehen bisher Normalarbeitsverträge für Assistenzärzte, Erziehungspersonal von Heimen und Internaten, Käsereipersonal, Pflegepersonal, Privatgärtner und strahlenexponiertes Personal, wobei einzig der letzte keine ausdrücklichen Freizeitvorschriften enthält*. 45

Die Schutzwirkung normalarbeitsvertraglicher Ansprüche ist gering. Denn durch Vereinbarung kann davon zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Es genügt formlose Abrede, sofern der Normalarbeitsvertrag nicht schriftliche Wegbedingung vorschreibt*. Der Arbeitgeber wird sich für ungünstigere Abreden jedoch den Beweis sichern müssen, da ihn die Beweislast treffen dürfte. 46

---

[43] Art. 359 Abs. 1 OR; [44] vgl. Botschaft 1967 S. 9 und 181 (Uebernahme von Art. 96 des Landwirtschaftsgesetzes). Für diese Wirtschaftszweige könnten sie zwar öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften erlassen (vgl. II 3 hievor sowie HUG N. 32 zu Art. 2 ArbG).

[45] vgl. Verzeichnis der vom Bundesrat und von den Kantonsregierungen erlassenen Normalarbeitsverträge im Anhang.

[46] Art. 360 Abs. 2 OR. Vor der Revision war für jede Abweichung Schriftform erforderlich.

VII. Dispositive Gesetzesbestimmungen

Das Obligationenrecht ordnet die Ansprüche zum Teil durch nicht zwingende Vorschriften. Diese können durch formlose Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien wegbedungen werden. Sie kommen nur zur Anwendung, wenn keine andere Rechtsgrundlage vorliegt. Hauptbeispiel ist der Anspruch auf die üblichen freien Stunden und die Freizeit zur Stellensuche*, und daneben etwa die Vorschriften über die zeitliche Bestimmung von Freizeit und Ferien oder über das Mass der Ferienkürzung bei Arbeitsverhinderung*. [47] [48]

Nimmt ein Gesamtarbeitsvertrag dispositive obligationenrechtliche Normen in seinen Text auf, so werden sie unabänderlich, falls der Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt*. [49]

Abweichungen von dispositiven Vorschriften müssen klar verabredet werden. Bei umfassenden Freizeit- und Ferienreglementen oder bei gesamtarbeitsvertraglichen Ordnungen kann sich mitunter die Frage stellen, ob die Sonderregelung das dispositive Recht beseitigt oder neben sich weiterbestehen lässt. Sofern nicht eindeutig auf abschliessende Geltung der Sonderregelung geschlossen werden kann, behält die Gesetzesnorm ihre Gültigkeit. Zweifelhafte Vereinbarungen sind, falls die Vertragsinterpretation nicht weiter führt, im Sinne der gesetzlichen Ordnung auszulegen.

Anstelle dispositiver Vorschriften wurde bei der Schaffung der obligationenrechtlichen Ferienordnung Regelung der Einzelfragen durch eine bundesrätliche Verordnung vorgeschlagen. Diese Möglichkeit wurde als unvereinbar mit der privatrechtlichen Ausgestaltung abgelehnt und nicht weiter verfolgt*. [50]

---

[47] Art. 329 Abs. 3 OR

[48] Art. 329 Abs. 4, 329 c Abs. 2 und 329 b Abs. 1 OR

[49] vgl. Art. 357 Abs. 1 OR

[50] vgl. ZANETTI S. 286 ff

VIII. Betriebsordnung

In beschränktem Masse kann auch die in industriellen Betrieben aufzustellende Betriebsordnung* Grundlage von Freizeitansprüchen sein, weniger für deren Bestand als für ihre nähere Ausgestaltung. Sie hat, soweit notwendig, Bestimmungen über die Ordnung im Betrieb zu erlassen. Zu diesem bedingt obligatorischen Inhalt gehören beispielsweise Vorschriften über Oeffnung und Schliessung von Arbeitsräumen und solche über die Kontrolle der Arbeitszeit*. 51 52

Weitere Vorschriften kann eine zwischen Arbeitgeber und der von den Arbeitnehmern frei gewählten Vertretung vereinbarte Betriebsordnung enthalten. Darin können allgemeine Bestimmungen festgelegt werden, die das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern betreffen. Um die Wiedereinführung der Hausverträge zu verhindern, beschränkte der Gesetzgeber den möglichen Inhalt auf Regelungen, die nicht üblicherweise Gegenstand von Gesamtarbeitsverträgen oder anderen kollektiven Vereinbarungen sind. Der fakultative Inhalt vereinbarter Betriebsordnungen umfasst daher betriebs- und arbeitsorganisatorische Bestimmungen, die sich nicht aus Gesetz oder Gesamtarbeitsvertrag ergeben, sondern nur für den Einzelbetrieb Gültigkeit haben, wie Umfang und Einteilung der Arbeitszeit, Pausen, gleitende Arbeitszeit, besondere Ruhetage an lokalen Festen, Richtlinien für die Feriengewährung, Anordnung von Betriebsferien und dergleichen*. 53

Der Inhalt der Betriebsordnung darf zwingendem Recht und den für den Arbeitgeber verbindlichen Gesamtarbeitsverträgen nicht widersprechen*. Dagegen kann er von dispositivem Recht abweichen*. 54/55

Die Betriebsordnung ist der kantonalen Behörde zuzustellen. Diese kann die Korrektur von gesetzwidrigen Bestimmungen verlangen*. 56
Die Betriebsordnung wird mit Bekanntgabe im Betrieb unabhängig von der behördlichen Prüfung wirksam*. Ihre Bestimmungen werden 57
ohne besondere Einzelvereinbarung für die Arbeitsverhältnisse aller Arbeitnehmer im Betrieb verbindlich. Sie schaffen wie gesamtarbeitsvertragliche unmittelbar anwendbares Recht, auch wenn der einzelne Arbeitnehmer davon keine Kenntnis hat*. Die Wirkungen der Betriebs- 58
ordnung sind nur zivilrechtlich, die Durchsetzung muss also ebenfalls mit zivilrechtlichen Mitteln erfolgen. Günstigere einzelarbeitsvertragliche Vereinbarungen gehen nach überwiegender Lehrmeinung der
Betriebsordnung vor*. Qualitativ steht ja die Betriebsordnung hinter 59
dem Gesamtarbeitsvertrag, welcher Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers zulässt.

---

51 vgl. Art. 37 ff ArbG; 52 Art. 38 Abs. 1 rev. ArbG, HUG N. 10 f zu Art. 38 ArbG
53 Art. 38 Abs. 2 rev. ArbG, HUG N. 15 ff zu Art. 38 ArbG und ARV 1972 S. 25 ff
54 Art. 38 Abs. 3 rev. ArbG; 55 HUG N. 20 zu Art. 38 ArbG
56 Art. 39 Abs. 1 und Art. 51 ArbG
57 Art. 39 Abs. 2 ArbG;

IX. Oeffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse

Besondere Rechtsgrundlagen bestehen für die Freizeit- und Ferienansprüche der Arbeitnehmer in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen. Sowohl Obligationenrecht als auch Arbeitsgesetz behalten die Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis vor*. Das Personal 60
im Dienste von Bund, Kantonen, Gemeinden, öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten untersteht der Gesetzgebung der entsprechenden staatlichen Hoheit. Das Gemeinwesen erlässt einseitig Dienstvorschriften, die beim Eintritt in den öffentlichen Dienst vom Arbeitnehmer angenommen werden müssen. Es kann die Vorschriften jederzeit unter Wahrung wohlerworbener Rechte einseitig abändern*. 61

Neben der öffentlich-rechtlichen Anstellung sind aber auch privatrechtliche Arbeitsverhältnisse mit Gemeinwesen oder öffentlich-rechtlichen Betrieben möglich, beispielsweise für nicht hoheitliche Arbeiten (Sekretariatsarbeiten, Reinigungspersonal, Aushilfen usw.) oder Sonderaufgaben, für welche die massgebende Personalordnung keine Stelle vorsieht*. In diesen Fällen gelten die allgemeinen obli- 62
gationenrechtlichen und arbeitsgesetzlichen Vorschriften. Bei gerichtlichen Auseinandersetzungen kann gelegentlich die Vorfrage, ob ein öffentlich-rechtliches oder ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis vorliegt, Schwierigkeiten bereiten*. . . 63

Möglich ist auch, dass ein Arbeitnehmer öffentlich-rechtlich angestellt wird, die anzuwendenden Verordnungen, Dienstreglemente oder Weisungen jedoch allgemein oder für bestimmte Einzelfragen auf das Obligationenrecht verweisen. Dann gilt dieses als öffentliches Recht des Gemeinwesens und nicht als Privatrecht. Im übrigen können die Vorschriften des privaten Arbeitsvertragsrechts zur Auslegung öffentlich-rechtlicher Arbeitsordnungen beigezogen werden.

---

58 CANNER-SCHOOP S. 93, HUG N. 15 zu Art. 39 ArbG

59 Bbl 1960 II 996, CANNER-SCHOOP S. 94, HINDERMANN S. 63, K. WEGMANN Die Betriebsordnung gemäss Arbeitsgesetz (SAGZ 1968) S. 596 ff. Dagegen schliesst HUG (N. 16 zu Art. 39 ArbG) aus der Ordnungsfunktion auf absolute Unabänderlichkeit.

60 Art. 342 Abs. 1 lit. a OR und Art. 71 lit. b ArbG. Dem Arbeitsgesetz sind ohnehin nur die öffentlichen Regiebetriebe unterstellt, nicht auch Verwaltungen und Anstalten (Art. 2 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ArbG, Art. 8 und 9 VO I zum ArbG). Infolge des Vorbehalts von Art. 71 lit. b ArbG findet das Arbeitsgesetz nur Anwendung, soweit nicht öffentliches Personalrecht eine Regelung enthält. Selbst wenn Bestimmungen des Arbeitsgesetzes günstiger sein sollten als die des massgebenden öffentlichen Personalrechts, geht dieses vor. Ein ausdrücklicher Antrag im Nationalrat, wonach die günstigere Bestimmung gelten sollte, unterlag (Amtl. Bull. NR 1962 S. 371 ff). Näheres HUG N. 8 ff zu Art. 2 ArbG.

Namentlich bei lückenhaftem öffentlichem Recht ist sinngemässe Ergänzung nicht ausgeschlossen. Inwieweit eine Ordnung auslegungs- oder ergänzungsbedürftig ist, entscheidet sich aber nach öffentlichem Recht*. 64

Die massgebenden Rechtsgrundlagen der Freizeit- und Ferienansprüche des Bundespersonals bilden das Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten (Beamtengesetz) vom 30. Juni 1927 mit den dazugehörenden Beamtenordnungen I (für die Beamten der Departemente - ohne das politische Departement -, der Zollverwaltung, der PTT und der eidgenössischen Gerichte), II (für die Beamten der SBB) und III (für die Beamten des politischen Departements) und der Angestelltenordnung*, soweit nicht 65
das Arbeitszeitgesetz und bei Nichtbeamten das Arbeitsgesetz oder ein anderes Bundesgesetz anwendbar ist*. 66

Für das Personal der Kantone finden sich die entsprechenden Ansprüche meist in Beamtengesetzen oder darauf beruhenden Verordnungen über Freizeit und Ferien des Personals im öffentlichen Dienst. Die Ansprüche von Gemeindepersonal werden vorwiegend in Gemeindereglementen geordnet.

---

61 vgl. SCHWEINGRUBER S. 39 ff, der auf eine Schätzung aus dem Jahre 1970 verweist, wonach die Zahl dieses Personals etwa 325'000 betrage.

62 SCHWEINGRUBER S. 39 ff; 63 vgl. SCHWEINGRUBER S. 322

64 Botschaft 1967 S. 163 unter Verweis auf Urteil Nr. 58 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich aus dem Jahre 1962, REHBINDER S. 99

65 SS 172.221.10, SS 172.221.101 ff

66 vgl. II 2.2 hievor sowie Art. 62 Beamtengesetz

4. Kapitel: Umfang, Inhalt und Erwerb des Freizeitanspruchs

A. Umfang des Freizeitanspruchs

I. Ordentliche Freizeit und Arbeitszeit

1. Arbeitspflicht und ordentliche Freizeit

In den wenigsten Arbeitsverhältnissen wird die ordentliche Freizeit - worunter hier die täglich, wöchentlich oder monatlich zu gewährende freie Zeit zu verstehen ist - direkt geregelt. Wenn überhaupt, so finden sich gewöhnlich nur nähere Bestimmungen über die ordentliche Arbeitszeit. Indirekt ist mit der Begrenzung der Arbeitspflicht jedoch auch die Freizeit bestimmt, denn diese umfasst die Zeit, wo jene nicht besteht. Freizeit ist in diesem Sinne nichts anderes als Nichtbestehen der Arbeitspflicht. Jede Einschränkung der Arbeitspflicht verschafft dem Arbeitnehmer Freizeit entsprechenden Umfangs.

2. Freizeit infolge Begrenzung der Arbeitszeit durch Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag

2.1 Normalarbeitszeit als Nebenpunkt des Arbeitsvertrages

Die Dauer der Arbeitsleistung ist Nebenpunkt des Arbeitsvertrages. Es besteht ein nicht unerhebliches Interesse, die Arbeitszeit genau zu normieren, da sie namentlich beim Stundenlohn Berechnungsgrundlage für den Verdienst bildet. In Fällen von Annahmeverzug oder Arbeitsverhinderung* muss Klarheit darüber herrschen, welcher Lohnbetrag dem Arbeitnehmer entgangen ist. Der Vertrag kommt jedoch zustande auch ohne ausdrückliche Festlegung der Arbeitsdauer. Die Parteien müssen sich allein darauf einigen, dass der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit Arbeit gegen Lohn im Dienste des Arbeitgebers leistet*. Mit der Klausel "auf bestimmte oder unbestimmte Zeit" meint das Gesetz die Dauer des gesamten Arbeitsverhältnisses und nicht die Dauer der in dessen einzelnen Zeit- 1 2

[1] Art. 324 und 324a OR; [2] Art. 319 Abs. 1 OR

abschnitten zu erbringenden Arbeitsleistungen. Immerhin spricht Art. 321 OR davon, dass der Arbeitnehmer "die vertraglich übernommene Arbeit" in eigener Person zu leisten habe, was doch bedingt, dass die Arbeit qualitativ und quantitativ in einem Mindestmasse vertraglich konkretisiert wird.

2.2 Uebung als Vertragsbestandteil

Die Konkretisierung der Arbeitszeit erfolgt nicht notwendigerweise durch ausdrückliche Abmachung. Es genügt ein ausdrücklicher oder stillschweigender Verweis auf die Uebung. Solange keine gewichtigen Anhaltspunkte dagegen sprechen, darf nach Vertrauensprinzip davon ausgegangen werden, dass die Parteien die Uebung zum Vertragsbestandteil gemacht haben*. In erster Linie wird die über längere Zeit 3
von den Parteien widerspruchslos geduldete Arbeitszeit als persönliche Uebung Vertragsbestandteil. So kann die Handhabung der Arbeitszeit während der Probezeit entscheidende Bedeutung gewinnen. Auch die Gesamtheit der Umstände beim Vertragsschluss, die Art der versprochenen Arbeit sowie die den Parteien bekannte bisherige Tätigkeit des Arbeitnehmers oder die Arbeitsbedingungen des früheren Stelleninhabers können zur Vertragsauslegung beigezogen werden. Dabei ist der Grundsatz von Treu und Glauben im Einzelfall angemessen zu berücksichtigen*. Möglicherweise finden daneben betriebliche, berufli- 4
che oder branchenmässige Uebungen sowie ein allfälliger Ortsgebrauch durch den Willen der Parteien Eingang in den Vertrag*. 5

2.3 Konkretisierung der Arbeitszeit durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag

In vielen Fällen befassen sich Normal- und Gesamtarbeitsverträge mit der Arbeitszeit, meistens mit der wöchentlichen Arbeitsdauer. Bei gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen ist genau zu untersuchen, ob die wöchentliche Normalarbeitszeit festgelegt oder lediglich die wöchentliche Höchstarbeitszeit nach Arbeitsgesetz reduziert werden soll. Im ersten Fall ersetzt die gesamtarbeitsvertragliche Regelung die Konkretisierung der Arbeitsdauer durch Vertrag oder Uebung unter Vorbehalt des Günstigkeitsprinzips*. Eine abweichende, 6

---

[3] vgl. GUHL/MERZ/KUMMER S. 28, LIVER N. 74, 78 und 79 zu Art. 5 ZGB, MERZ N. 141 & 143 zu Art. 2 ZGB sowie Gewerbegericht Zürich, Urteil vom 8. März 1966 = BlZR 1968 S. 116 ff.: "Ueber diese Gesetzesvorschriften hinaus beansprucht aber die Uebung auch Berücksichtigung im rechtsgeschäftlichen Verkehr bei der Auslegung unklarer oder lückenhafter Vereinbarungen der Dienstvertragsparteien, namentlich bei der Bestimmung von Art und Weise und Mass und Zeit der Erfüllung der beiderseitigen Verbindlichkeiten und Nebenverpflichtungen... wie zum Beispiel bei der Bestimmung der von den Parteien nicht näher geregelten, vom Arbeitnehmer zu erbringenden Normalarbeitszeit."

noch nicht Vertrag gewordene günstigere Uebung geht dem Gesamtarbeitsvertrag nach. Dagegen geniesst im zweiten Fall eine ausservertragliche günstigere Uebung gegenüber einer gesamtarbeitsvertraglichen Höchstarbeitszeitvorschrift den Vorrang, da die Höchstarbeitszeit nicht Normalarbeitszeit sein muss. Der redaktionellen Abfassung der Gesamtarbeitsverträge ist in diesem Punkte Beachtung zu schenken*. 7

2.4 Bestimmung der Arbeitszeit durch Weisungen des Arbeitgebers

In der deutschen Doktrin wurde namentlich von NIKISCH* die Auffassung vertreten, der Arbeitgeber solle die Arbeitszeit frei bestimmen können. Nur damit könne dem Bedürfnis genügt werden, die Arbeitszeit in gewissen Grenzen beweglich zu halten. Es bedeutete eine übermässige Erschwerung des Betriebs, wollte man den Arbeitgeber zwingen, bestimmte Arbeitszeiten zu vereinbaren und bei jeder Abweichung das Einverständnis der betroffenen einzelnen Arbeitnehmer einzuholen. Diese Auffassung, wonach der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber grundsätzlich die ganze Arbeitskraft zur Verfügung stelle, wurde von HUECK-NIPPERDEY* mit Recht als zu weit gehend bezeichnet. Im Zeitalter des Achtstundentages und der Bestrebungen, die Arbeitszeit auf 40 Stunden pro Woche herabzusetzen, könne keine Rede von einer derart umfassenden Arbeitspflicht sein. Ihr Umfang richte sich vielmehr nach den gesetzlichen, tariflichen und betrieblichen Vorschriften und nach den getroffenen Einzelvereinbarungen, die notfalls durch Verkehrssitte, Ortsgebrauch und Betriebsübung zu ergänzen seien. Die Arbeitspflicht beruhe stets 8 9

---

[4] vgl. OSER-SCHOENENBERGER N. 12 - 14 zu Art. 319 OR

[5] Das Eidgenössische Versicherungsgericht bezeichnete im Zusammenhang mit der Arbeitslosenversicherung als Normalarbeitszeit die Arbeitszeit, während welcher der Versicherte üblicherweise beschäftigt wird, nicht die betriebs- oder branchenübliche Arbeitszeit (Urteil vom 28.12.1955, vgl. ARV 1956 S. 29 ff.);

[6] Art. 357 Abs. 2 OR; [7] Mehrheitlich legen die Gesamtarbeitsverträge unmittelbar die Normalarbeitszeit fest, z. B. Art. 20 Friedensabkommen der Maschinen- und Metallindustrie, Art. 6 GAV Holzindustrie, Art. 6 GAV Schreinergewerbe. Dagegen begrenzt z. B. Art. 50 GAV Gastgewerbe lediglich die Höchstarbeitszeit.

[8] S. 255 f.; [9] S. 186

nur auf vertraglicher Vereinbarung, wie es dem Wesen der Selbstbestimmung der freien Persönlichkeit entspreche. Die deutsche Lehre vermutet eine stillschweigende Vereinbarung der normalen gesetzlichen Höchstarbeitszeit, sofern nicht eine abweichende Abrede besteht*. Diese Vermutung kann nicht auf die schweizerischen Verhältnisse übertragen werden, da hierzulande die üblichen Arbeitszeiten meist unter den gesetzlich erlaubten Höchstarbeitszeiten liegen. Es steht aber den Vertragsparteien auch in der Schweiz nichts im Wege, als Extremlösung zu vereinbaren, dass der Arbeitnehmer bis zum gesetzlich erlaubten Höchstmass in dem Umfange Arbeit leistet, den der Arbeitgeber von Fall zu Fall bestimmt. Ebensogut können sie anderseits Teilzeitarbeit beliebigen Ausmasses vereinbaren oder, als gegenteilige Extremlösung, Arbeit im Umfange, den der Arbeitnehmer von Fall zu Fall bestimmt. 10

3. Freizeit infolge Begrenzung der Arbeitszeit durch ausservertragliche Uebung

Hinsichtlich Art und Höhe der Lohnzahlung verweist das Gesetz selbst auf die Uebung für den Fall, dass die Parteien keine nähere Vereinbarung getroffen haben*. Eine analoge Norm für Qualität und Quantität der Arbeit kennt das Gesetz nur indirekt, nämlich über die zwingende Vorschrift betreffend Ueberstundenarbeit*, wonach diejenige Arbeit Ueberstundenarbeit darstellt, die den verabredeten oder üblichen Umfang der Arbeit übersteigt. Normalarbeitszeit ist somit die Arbeitszeit, welche verabredet oder üblich ist. Das Obligationenrecht bestimmt jedoch nicht näher, für welchen Zeitraum auf die Uebung abgestellt werden soll. Es muss jener Zeitraum sein, für den eine Uebung besteht. Für die tägliche Arbeitszeit wird dies seltener der Fall sein als für die wöchentliche, was nicht ausschliesst, dass auch eine normale tägliche Arbeitszeit üblich sein kann. Die Berechnung nach Monaten ist weniger gebräuchlich, weil die öffentlich-rechtliche Gesetzgebung die Woche als Bemessungsgrundlage verwendet. Sie ist etwa im Zusammenhang mit der gleitenden Arbeitszeit anzutreffen. 11 12

Die Pflicht des Arbeitgebers, für Ueberstunden einen Zuschlag zum Normallohn zu bezahlen oder Freizeit von mindestens gleicher Dauer zu gewähren, wirkt daraufhin, dass die normale Arbeitszeit nicht überschritten wird. Der Arbeitnehmer ist überdies nur dann verpflichtet, seine Freizeit für Ueberstundenarbeit herzugeben, wenn diese einerseits notwendig und ihm anderseits nach Treu und Glauben zugemutet werden kann*. Ohne Freizeitausgleich oder Lohnzahlung mit 13

---

[10] HUECK-NIPPERDEY S. 189, NIKISCH und dort zitierte Autoren S. 255 f. Nach SOERGEL-SIEBERT N. 45 zu § 611 BGB kann die Arbeitszeit nur soweit Gegenstand des Weisungsrechts sein, als nicht Vertrag, Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder betriebliche Uebung eine Regelung enthalten.

[11] Art. 322 Abs. 1 OR; [12] Art. 321 c OR; [13] vgl. B I 2 hienach

Zuschlag kann eine Arbeitszeit von längerer als üblicher Dauer nur durch schriftliche Vereinbarung Normalarbeitszeit werden*. Durch die Ueberstundenregelung wird somit die tägliche Arbeitszeit auf den - allenfalls schriftlich - vereinbarten oder den üblichen Umfang beschränkt. Vorbehalten bleiben im Rahmen des Günstigkeitsprinzips normal- oder gesamtarbeitsvertragliche Regelungen. 14

4. Indizien für die Branchenübung

4.1 Normal- und Gesamtarbeitsverträge

Indizien für die übliche Arbeitszeit in bestimmten Branchen können die Regelungen in Normal- und Gesamtarbeitsverträgen bilden, namentlich dort, wo die wöchentlichen Arbeitszeiten als Normalarbeitszeiten festgelegt sind. Die Unterschiede von Branche zu Branche können erheblich sein. So beträgt beispielsweise die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit für das Käsereipersonal 59 Stunden*, für 15
das Erziehungspersonal in Heimen und Internaten 50 Stunden ohne Präsenzzeit (einschliesslich Präsenzzeit nicht über 55 Stunden)*, für 16
Arbeitnehmer im Gastgewerbe je nach Beruf zwischen höchstens 45 und 54 Stunden*, für Arbeitnehmer in der Maschinenindustrie 17
durchwegs 44 Stunden*. 18

Innerhalb derselben Branche können Unterschiede von Gegend zu Gegend bestehen. So ist die Normalarbeitszeit z. B. im Schreinergewerbe in einem Teil der Schweiz durchwegs eine Stunde kürzer als im übrigen Teil. Zudem werden bei nichtindustriellen Betrieben städtische, halbstädtische und ländliche Verhältnisse unterschieden. Auf diese Weise ergeben sich für dieselbe Branche Normalarbeitszeiten zwischen 45 und 50 Stunden*. 19

Ferner können bestimmte Branchen saisonalen Schwankungen unterworfen sein, so dass die Normalarbeitszeit nicht jeden Monat gleich bleibt, und es können für Kleinbetriebe generell höhere Arbeitszeiten festgelegt werden*. 20

Die Regelungen in Normal- und Gesamtarbeitsverträgen vermögen nur Indizien für eine allfällige Branchenübung zu liefern. Einmal ist je nach Organisationsgrad der Arbeitnehmer in einer bestimmten Branche eine kollektive Regelung mehr oder weniger repräsentativ und zweitens kann nicht ausgeschlossen werden, dass die tatsächlichen Arbeitszeiten weitgehend günstiger sind als die normal- oder gesamtarbeitsvertraglich vorgesehenen.

---

[14] vgl. Art. 321 c Abs. 3 OR; [15] NAV Käsereipersonal, SS. 221.215.329.2; [16] NAV Erziehungspersonal, SS. 221.215.324.1; [17] Art. 50 GAV Gastgewerbe; [18] Art. 20 Friedensabkommen Maschinenindustrie; [19] Art. 6 GAV Schreinergewerbe; [20] vgl. z. B. Art. 50 Ziff. 2 und 3 GAV Gastgewerbe

4.2 Statistik des BIGA

Genaueren Aufschluss über die tatsächlichen Arbeitszeiten in Industrie und Baugewerbe gewährt eine vom BIGA quartalsweise zusammengestellte Statistik. Auch diese kann nur Hinweise auf die in den erfassten Branchen bestehenden Arbeitszeiten geben. Denn sie enthält einzig die gesamtschweizerischen Durchschnittswerte, lässt also die vielschichtigen Sonderregelungen der einzelnen Teilbranchen, der beteiligten Berufe und Betriebe ausser Betracht. Der Hauptaussagewert der Statistik liegt im geringen Bereich der Abweichungen zwischen den einzelnen Branchenzeiten und in der Möglichkeit des Vergleichs der verschiedenen Branchen. Zu beachten ist, dass die angegebenen Stundenzahlen die durchschnittliche Arbeitszeit einschliesslich Ueberzeitarbeit darstellen. Eine andere vom BIGA geführte Statistik fasst die von den Kantonen bewilligten Ueberzeitarbeitsstunden zusammen. Selbst wenn diese Ueberzeiten, die gegenwärtig durchwegs weniger als 1 Stunde pro Woche und Arbeitnehmer ausmachen, von den wöchentlichen Arbeitsstunden in Abzug gebracht werden, liegen die entsprechend reduzierten statistischen Wochenarbeitszeiten um die nicht bewilligungspflichtigen Ueberstunden (Art. 321 c OR) über dem Durchschnitt der Normalarbeitszeiten.

Durchschnittliche Arbeitszeit nach Industriegruppen*

Industriegruppen	Wöchentliche Arbeitsstunden am Quartalsende							
	1.Q. 1973	2.Q. 1973	3.Q. 1973	4.Q. 1973	1.Q. 1974	2.Q. 1974	3.Q. 1974	4.Q. 1974
INDUSTRIE	44,3	44,3	44,3	44,2	44,2	44,1	44,1	44,0
Herstellung von Nahrungs- und Futtermitteln	44,2	44,4	44,3	44,0	43,9	44,1	44,3	44,0
Herstellung von Spirituosen und Getränken	44,4	44,9	45,2	44,4	44,3	44,6	44,7	44,3
Tabakindustrie	44,0	44,1	43,7	43,5	43,5	43,4	43,6	43,4
Textilindustrie	44,5	44,5	44,4	44,3	44,3	44,3	44,3	44,1
Herstellung von Garnen, Zwirnen und Fasern	44,6	44,5	44,5	44,4	44,4	44,4	44,4	44,2
Herstellung von Geweben	44,3	44,3	44,2	44,1	43,9	43,9	43,9	43,9
Stickerei	44,5	44,5	44,6	44,5	44,6	44,7	44,1	44,0
Veredlungsindustrie	45,3	45,3	45,1	44,9	44,9	44,9	44,9	44,6
Uebrige Textilindustrie	43,7	43,6	43,9	43,6	43,9	44,1	44,6	44,3
Kleider, Wäsche und Schuhe; Bettwaren	44,0	44,1	44,0	44,0	43,9	43,9	43,8	43,9
Kleider und Wäsche aus gewobenen Stoffen	44,0	44,0	43,9	43,9	43,8	43,8	43,7	43,7
Kleider und Wäsche aus gestrickten Stoffen	43,9	43,9	43,8	43,8	43,7	43,8	43,8	43,9
Andere Bekleidungsartikel	43,3	43,3	43,7	43,8	43,5	43,3	43,4	43,4
Herstellung und Reparatur von Schuhen	44,5	44,6	44,5	44,5	44,3	44,4	44,4	44,3
Bett- und Haushaltwäsche, Bettwaren	44,2	44,3	44,3	44,4	44,0	43,9	43,8	43,8
Verarbeitung von Holz und Kork	45,3	45,4	45,3	45,2	45,1	45,2	45,2	45,1
Papierindustrie	44,5	44,4	44,5	44,4	44,5	44,4	44,4	44,3
Graphisches Gewerbe	42,5	42,4	42,5	42,2	42,2	42,2	42,2	42,1
Herstellung und Bearbeitung von Leder	44,0	44,2	44,4	43,8	43,8	43,5	43,6	43,6
Kautschukindustrie, Kunststoffverarbeitung	44,3	44,3	44,3	44,3	44,2	44,0	44,0	43,7
Chemische Industrie	42,8	42,7	43,7	42,7	42,6	42,6	42,5	42,5
Bearbeitung von Steinen und Erden	45,4	45,5	45,5	45,2	45,2	45,2	45,1	45,0
Metall- und Maschinenindustrie	44,7	44,7	44,7	44,7	44,7	44,6	44,6	44,5
Uhrenindustrie	43,4	43,4	43,5	43,5	43,5	43,4	43,3	43,3
Bijouterie, Gravier-, Prägeanstalten	43,4	43,5	43,3	43,4	43,3	43,5	43,4	43,2
BAUGEWERBE	47,0	47,4	47,4	44,4	46,4	47,0	47,0	43,8

21 Die Volkswirtschaft 1973, S. 486, 1974 S. 66 + 504, 1975 S. 68

Prozentuale Verteilung der Arbeitnehmer
nach Arbeitszeitstufen am Quartalsende *

22

Stunden	INDUSTRIE								BAUGEWERBE							
	1.Q. 1973	2.Q. 1973	3.Q. 1973	4.Q. 1973	1.Q. 1974	2.Q. 1974	3.Q. 1974	4.Q. 1974	1.Q. 1973	2.Q. 1973	3.Q. 1973	4.Q. 1973	1.Q. 1974	2.Q. 1974	3.Q. 1974	4.Q. 1974
Unter 40	3,6	3,5	3,8	3,9	4,0	4,1	4,1	4,1	0,8	0,7	0,8	1,0	1,1	0,9	0,9	2,3
40 bis unter 44	12,6	13,0	12,8	13,6	14,4	14,4	14,6	15,6	4,1	3,1	1,8	41,3	7,1	3,1	4,3	51,1
44	38,5	38,1	37,2	39,7	38,5	38,6	38,3	38,9	0,6	0,4	0,6	5,7	4,0	0,8	0,9	1,7
Ueber 44 bis unter 46	25,5	25,2	25,0	23,4	24,1	24,3	24,6	24,7	33,5	29,0	29,7	27,4	34,8	31,5	30,5	24,3
46	10,6	10,6	11,4	10,6	9,8	9,6	9,7	9,4	3,0	1,7	2,5	2,4	2,1	3,2	3,1	0,9
Ueber 46 bis unter 50	4,5	4,8	4,8	4,4	4,6	4,5	4,2	4,0	37,7	36,0	36,4	18,2	38,8	43,0	42,5	16,7
50	3,3	3,4	3,5	3,2	3,4	3,2	3,2	2,4	18,6	26,5	26,0	3,6	11,3	15,9	16,4	2,8
Ueber 50	1,4	1,4	1,5	1,2	1,2	1,3	1,3	0,9	1,7	2,6	2,2	0,4	0,8	1,6	1,4	0,2

[22] Die Volkswirtschaft 1973 S. 488, 1974 S. 68 + 506, 1975 S. 70

5. Oeffentlich-rechtliche Beschränkung der wöchentlichen Arbeitszeit

5.1 Allgemeine wöchentliche Höchststundenzahl nach Arbeitsgesetz

Die wöchentliche Höchstarbeitszeit beträgt nach Art. 9 Abs. 1 ArbG:

- 46 Stunden, für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben* sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels*. [23] [24]
- 50 Stunden für alle übrigen, dem Arbeitsgesetz unterstellten Arbeitnehmer.

Der Bundesrat könnte die Grenze von 46 Stunden auf 45 Stunden herabsetzen, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere die Lage auf dem Arbeitsmarkt und der Grad der Ueberfremdung dies gestatten*. Er hat von dieser Möglichkeit seit Inkrafttreten des Arbeitsgesetzes noch nicht Gebrauch gemacht, prüft jedoch gegenwärtig die Frage, ob die Wirtschaftslage die Verkürzung um eine Stunde erlaubt. [25]

Für Arbeitnehmer, auf die an sich verschiedene Höchstarbeitszeiten Anwendung fänden, gilt generell die längere Höchstarbeitszeit, sofern sie im gleichen Betrieb oder Betriebsteil zusammen beschäftigt werden*. Die allgemeine wöchentliche Höchststundenzahl und die folgenden Abweichungen gelten nur für die dem Arbeitsgesetz unterstellten Arbeitnehmer. Auf andere öffentlich-rechtliche Höchstarbeitszeitvorschriften, z. B. des Arbeitszeitgesetzes* oder der Chauffeurverordnung* kann hier nicht eingegangen werden. [26] [27] [28]

5.2 Begriff der Arbeitszeit

Die allgemeine Verordnung zum Arbeitsgesetz definiert die für die öffentlich-rechtlichen Höchstvorschriften beachtliche Arbeitszeit als Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat. Bereitschaftsdienst, bei dem sich der Arbeitnehmer ausserhalb des Betriebes auf Abruf zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat, wird im Umfange des tatsächlichen Beizugs zur Arbeit als Arbeitszeit angerechnet*. [29]

---

[23] vgl. Art. 5 Abs. 2 ArbG und Art. 11 ff VO I zum ArbG

[24] Betriebe, die insgesamt mehr als 50 Arbeitnehmer, einschliesslich Kassenpersonal, im Detailverkauf beschäftigen.

[25] Art. 9 Abs. 2 ArbG; [26] Art. 9 Abs. 5 ArbG, HUG N. 9 zu Art. 9 ArbG;

[27] SS. 822.21; [28] SS. 822.22; [29] Art. 30 VO I zum ArbG

Der Bereitschaftsdienst wird auch etwa Rufbereitschaft* genannt, wobei man zum Teil in dem Sinne differenziert, dass sich der Arbeitnehmer bei Bereitschaftsdienst an einem vom Arbeitgeber bezeichneten und bei Rufbereitschaft an einem selbst bestimmten, dem Arbeitgeber anzuzeigenden Orte bereitzuhalten habe*. Nicht zu verwechseln ist der Bereitschaftsdienst oder die Rufbereitschaft mit der Arbeitsbereitschaft (Präsenzzeit, Warten auf Arbeit, innerbetrieblicher Pikettdienst, arbeitsablaufbedingte Wartezeiten, Ueberwachung von Arbeitsvorgängen mit Eingriffsbereitschaft, Arbeitsunterbrüche und Wartezeiten infolge Störungen, usw.). Während der Bereitschaftsdienst arbeitsrechtlich grundsätzlich zur Ruhezeit gezählt wird, gilt die Arbeitsbereitschaft voll als Arbeitszeit. Muss sich jedoch der Arbeitnehmer während des Bereitschaftsdienstes im Betrieb aufhalten, so ist die für den Dienst aufgewendete Zeit an die Arbeitszeit anzurechnen*, denn Arbeitszeit ist die Zeitspanne, während der der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen muss, ohne dass es darauf ankommt, dass der Arbeitnehmer tatsächlich tätig ist*. 30 31 32 33

Da die in der Rufbereitschaft liegende Pflicht des Arbeitnehmers, jederzeit erreichbar zu sein, die freie Verwendung der ordentlichen Freizeit einschränkt, können die Parteien selbstverständlich in Abweichung vom Arbeitsgesetz vertraglich andere Regelungen treffen. Denkbar ist, dass sie in jeder Hinsicht, also auch bezüglich Anrechnung an die Normalarbeitszeit, die Rufbereitschaft ganz oder teilweise der Vollarbeit gleichstellen, oder dass sie zumindest lohnmässig eine Angleichung vereinbaren*. 34

Ausdrücklich schliesst die allgemeine Verordnung den Weg zu und von der Arbeit als Arbeitszeit aus*. Reisezeiten von Monteuren, Serviceleuten, Kontrolleuren und ähnlichen Arbeitnehmern, die zum Arbeitsort hinreisen oder von einem Arbeitsort zum andern reisen, gelten somit arbeitsrechtlich nicht als Arbeitszeit*. Namentlich bei grossen Reiseleistungen des Arbeitnehmers müsste sich diese Regelung für den Arbeitnehmer stossend auswirken, wollte man sie auch der für die Lohnzahlung massgebenden Arbeitszeit zugrunde legen. Vielmehr muss auch hier wieder auf Vertrag oder Uebung abgestellt werden*. Verbreitet 35 36 37

---

30 HUG N. 2 zu Art. 9 ArbG; 31 SOERGEL-SIEBERT N. 37 zu § 611 BGB;
32 ARV 1972 S. 8; 33 SOERGEL-SIEBERT N. 44 zu § 611 BGB;
34 vgl. ARV 1972 S. 8; 35 Art. 30 Abs. 1 VO I zum ArbG;
36 HUG N. 3 zu Art. 9 ArbG; 37 vgl. 2 und 3 hievor

ist etwa die Bestimmung, dass bei einem längeren Weg vom Wohnort des Arbeitnehmers zum Arbeitsort ausserhalb des Betriebes als demjenigen vom Wohnort zum Betrieb die zeitliche Differenz als Arbeitszeit gelte*. 38

Im Grenzbereich zwischen Arbeitszeit und Freizeit liegen Tätigkeiten wie Nachtessen mit Vorgesetzten aus geschäftlichen Gründen, Sonntagsausflüge mit Geschäftsleuten, Aperitifs und dergleichen. Selbst wenn solche Anlässe mehr vergnüglichen Charakters sein mögen, müssen sie dann als Arbeitszeit - und zwar meistens als entschädigungs- oder ausgleichspflichtige Ueberstundenarbeit - betrachtet werden, wenn die Teilnahme des Arbeitnehmers obligatorisch ist. Bei Freiwilligkeit, bei Nichtbestehen irgendwelcher Verpflichtungen, handelt es sich nicht um Arbeitszeit*. 39

5.3 Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit ohne Freizeitausgleich

Die allgemeinen Höchstarbeitszeiten von 46 und 50 Wochenstunden können durch Bewilligung des BIGA für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern sowie für einzelne Betriebe um höchstens vier Stunden verlängert werden, sofern und solange zwingende Gründe dies rechtfertigen*. Insbesondere soll den Betrieben, die neu unter die 40
Sondervorschriften industrieller Betriebe fallen, der Uebergang zur reduzierten Arbeitszeit erleichtert werden*. 41

Das Gesetz schreibt für die bewilligte Verlängerung der Höchstarbeitszeit keinen Ausgleich durch Freizeit vor. Der Arbeitnehmer wird somit im Umfang seines ordentlichen Freizeitanspruches nicht wie etwa bei Ueberzeit - oder Hilfsarbeit lediglich vorübergehend, sondern unwiederbringlich beschnitten. Die Bewilligung des BIGA ermächtigt den Arbeitnehmer, die Höchstarbeitszeit um vier Stunden zu überschreiten. Wie bei andern Arbeitszeitbewilligungen ist damit keinesfalls die Verpflichtung verbunden, die Ermächtigung auch voll auszuschöpfen. Die Arbeitszeitbewilligung berechtigt den Arbeitgeber somit nicht, von vertraglichen Abmachungen abzuweichen, die für den Arbeitnehmer günstiger sind*. Auch im Rahmen der erweiterten Höchstarbeitszeit 42
bestimmt sich die Normalarbeitszeit durch Vertrag oder Uebung.

Ausnahmsweise kann auch die kantonale Behörde eine Abweichung von den allgemeinen Höchstarbeitszeitvorschriften bewilligen. Es darf sich aber nur um geringfügige Abweichungen handeln, und es müssen der Befolgung der ordentlichen Vorschriften ausserordentliche Schwierig-

---

38 z. B. Art. 19. 6 GAV Spenglerei- und Installationsgewerbe;
39 vgl. SAGZ 1974 S. 833 f;
40 Art. 9 Abs. 4 ArbG; 41 Art. 38 VO I zum ArbG; 42 ARV 1968 S. 31 f

keiten entgegenstehen. Zudem ist das Einverständnis der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmer oder deren Vertretung im Betriebe erforderlich*. Grenze für die Geringfügigkeit der Abweichung ist der arbeitsgesetzliche Schutzgedanke*. 43 44

5.4 Verlängerte wöchentliche Höchstarbeitszeit gemäss Sondervorschrift der Verordnung II zum Arbeitsgesetz

Gestützt auf Art. 27 ArbG wurden in Abweichung von den allgemeinen gesetzlichen Höchstvorschriften durch Verordnung II zum Arbeitsgesetz für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern besondere Höchstarbeitszeiten festgelegt. Für viele nichtindustrielle Betriebe wären aus Wettbewerbsgründen die ordentlichen Höchstarbeitszeiten zu kurz, teils wegen extremer saisonmässiger Spitzen oder zeitweiliger grösserer Beanspruchung, teils aber auch wegen der besonderen Struktur namentlich kleiner Betriebe. Es würde zu weit führen, die zum Teil sehr unterschiedlichen Regelungen im einzelnen aufzuzeigen. Ein Beispiel möge dartun, dass die Sondervorschriften erheblich von den allgemeinen Höchstgrenzen abweichen können: die Höchstarbeitszeit für Weinhandelsbetriebe mit Keltereien beträgt in der Weinlese während längstens acht Wochen 72 Stunden*. 45

Der Einfachheit halber folgt hier lediglich eine Uebersicht über die Betriebe oder Arbeitnehmer, für die abweichende arbeitszeitliche Sondervorschriften irgendwelcher Art bestehen. Vor der Anwendung der arbeitsgesetzlichen Höchstvorschriften ist in jedem Fall zu prüfen, ob nicht für die entsprechende Branche besondere Höchstarbeitszeiten bestehen. Von Fall zu Fall ist auch zu untersuchen, ob die Verlängerung der Höchstarbeitszeit dem Arbeitnehmer Anspruch auf Ausgleich durch Freizeit entsprechenden Umfangs gewährt oder nicht.

Betriebe oder Arbeitnehmer, für die gemäss VO II zum ArbG Sondervorschriften bezüglich Arbeitszeit bestehen:

I	Krankenanstalten
II	Heime und Internate
III	Arzt- und Zahnarztpraxen, Apotheken
IV	Gastbetriebe (Gastbetriebe und gastgewerbliche Arbeitnehmer, Unterhaltungsmusiker in Gastbetrieben)
V	Bierbrauereien und Betriebe zur Herstellung von Mineralwasser
VI	Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten und in Grenzorten

---

[43] Art. 28 ArbG; [44] vgl. HUG N. 6 zu Art. 28 ArbG;

[45] Art. 104 VO II zum ArbG

VII	Betriebe des Autogewerbes, Betriebe zur Instandstellung landwirtschaftlicher Fahrzeuge, Maschinen und Geräte
VIII	Reitschulen, Fuhrhaltereien und andere Betriebe mit Pferdeverwendung
IX	Bodenpersonal der Luftfahrt
X	Kioske und Betriebe, die den Bedürfnissen der Reisenden dienen
XI	Betriebe mit leicht verderblichen Gütern (Bäckereien, Konditoreien, Confiserien / Metzgereien / Molkereien, Buttereien / Milchhandelsbetriebe / Comestiblesbetriebe / Früchte- und Gemüsehandelsbetriebe / Blumenhandelsbetriebe)
XII	Betriebe zur Verarbeitung landwirtschaftlicher Erzeugnisse (Betriebe zur Herstellung von Konserven, Mostereien, Weinhandelsbetriebe und Keltereien)
XIII	Gartenbaubetriebe
XIV	Forstbetriebe
XV	Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwerke
XVI	Hoch- und Tiefbau sowie Steinbrüche
XVII	Zeitungs- und Zeitschriftenredaktionen
XVIII	Radio- und Fernsehbetriebe
XIX	Berufstheater
XX	Unterhaltungsbetriebe (Betriebe der Filmvorführung, Zirkusbetriebe, Schaustellungsbetriebe)
XXI	Bewachungsbetriebe, Ueberwachungspersonal
XXII	Eisbahnen und Schwimmbäder
XXIII	Coiffeurbetriebe

5.5 Vorübergehende Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit mit entsprechendem Freizeitausgleich

Für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern kann die wöchentliche Höchstarbeitszeit durch Verordnung zeitweise um höchstens vier Stunden verlängert werden, sofern sie im Jahresdurchschnitt nicht überschritten wird*. Diese Verlängerungsmöglichkeit kann Anwendung finden bei witterungsbedingtem Arbeitsausfall oder erheblichen saisonmässigen Schwankungen der anfallenden Arbeit, bei besonderer Arbeitsdichte sowie auf Arbeitnehmer, die innert zweier Wochen wenigstens einen ganzen freien Werktag erhalten. Zum Teil werden kurze Ausgleichsperioden vorausgesetzt. Die Verlängerungen bedürfen keiner Bewilligung, es sei denn, die Arbeit erfolge nach einem bewilligungspflichtigen Stundenplan*. [46] [47]

---

[46] Art. 9 Abs. 3 ArbG

[47] vgl. die näheren Voraussetzungen in Art. 37 VO I zum ArbG sowie HUG N. 15-17 zu Art. 9 ArbG

5.6 Vorübergehende Ueberschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit infolge Ausgleichs-, Ueberzeit- und Hilfsarbeit sowie Zusammenlegung freier Halbtage

5.6.1 Ausgleichsarbeit

Vorbehältlich Vor- oder Nachholung innert eines angemessenen Zeitraumes* darf der Arbeitgeber ohne Einholung einer Bewilligung für Arbeitsausfälle von verhältnismässig kurzer Zeit die wöchentliche Höchstarbeitszeit überschreiten*. Als Gründe fallen Betriebsstörungen, Betriebsferien, die nicht Ferien sind, Arbeitseinstellungen zwischen arbeitsfreien Tagen (z.B. zwischen Weihnachten und Neujahr, Karfreitag und Ostern oder Auffahrt und folgendem Sonntag) oder ähnliche Umstände (lokale Festtage* oder nicht den Sonntagen gleichgestellte Feiertage) in Betracht*. Die Ausgleichsarbeit darf höchstens zwei Stunden im Tag betragen, an arbeitsfreien Tagen oder Halbtagen mehr. So kann die wöchentliche Höchstarbeitszeit vorübergehend um über zehn Stunden erhöht werden. [48] [49] [50] [51]

Auch an dieser Stelle muss festgehalten werden, dass der Arbeitgeber nicht eigenmächtig einen Ausgleich anordnen darf. Grundlage für eine Verschiebung der Normalarbeitszeit kann nur Vertrag oder Uebung sein. Der Arbeitnehmer muss sich beispielsweise bei Betriebsstörungen nicht einfach ein Nachholen der verlorenen Arbeitszeit gefallen lassen, sondern er kann durch Anbieten seiner Dienste den Arbeitgeber in Annahmeverzug versetzen. Nur wenn die Parteien übereingekommen sind oder die Uebung besteht, dass der Arbeitgeber im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Möglichkeiten Dauer und Lage der Arbeitszeit bestimmen kann, darf dieser den Ausgleich von sich aus anordnen. Aber selbst in diesen Fällen muss er die beteiligten Arbeitnehmer anhören und ihre Ansicht nach Möglichkeit berücksichtigen*. [52]

5.6.2 Ueberzeitarbeit

Die Ueberschreitung der wöchentlichen Höchststundenzahl infolge Ueberzeitarbeit ist ausnahmsweise zulässig bei Dringlichkeit der Arbeit oder ausserordentlichem Arbeitsandrang (Inventaraufnahmen, Rechnungsabschlüsse und Liquidationsarbeiten) sowie zur Vermeidung oder Beseitigung von Betriebsstörungen, soweit dem Arbeitgeber nicht andere Vorkehren zugemutet werden können*. Auch bei Ueberzeitarbeit dürfen - abgesehen von arbeitsfreien Tagen - nicht über [53]

---

[48] 14 Wochen, sofern Frist nicht erstreckt wird (Art. 39 VO I zum ArbG)
[49] Art. 11 ArbG; [50] BIGLER N. 1 zu Art. 11 ArbG; [51] vgl. HUG N. 2 ff. zu Art. 11 ArbG; [52] Art. 48 ArbG; [53] Art. 12 Abs. 1 ArbG

zwei Mehrstunden im Tag geleistet werden. Diese Beschränkung fällt in Notlagen dahin. Im Gegensatz zur Ausgleichsarbeit, welche die durchschnittliche Arbeitszeit nicht verlängert, besteht für Ueberzeitarbeit eine Höchstgrenze von 220 Stunden pro Kalenderjahr, wovon bis zu 60 Stunden bewilligungsfrei sind*. Jugendliche und weibliche Arbeitnehmer werden zusätzlich geschützt*. Der Arbeitgeber hat die Ueberzeit in der Regel mit einem Lohnzuschlag oder Freizeit gleicher Dauer abzugelten*. Er ist im übrigen an die zivilrechtlichen Voraussetzungen der Ueberstundenarbeit gebunden*. 54 55 56 57

5.6.3 Hilfsarbeit

Für Hilfsarbeit, d.h. unproduktive Arbeit, die nicht einem Betriebszweck dient und ausserhalb der ordentlichen Arbeitszeit ausgeführt werden muss (insbesondere Vorbreitungs-, Beendigungs-, Reinigungs- und Instandstellungsarbeiten sowie Arbeiten zur Energievermittlung), darf die wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten werden. Die Hilfsarbeit ist möglichst zu beschränken. Dauert sie ausnahmsweise länger als zwei Stunden im Tag, so ist die Zeit über zwei Stunden durch Freizeit gleicher Dauer auszugleichen. Für nicht ausgeglichene Hilfsarbeitszeit schuldet der Arbeitgeber einen Lohnzuschlag*. 58
Da Hilfsarbeit eine besondere Art von Arbeit darstellt, die nicht ohne weiteres zumutbar ist, setzt sie eine arbeitsvertragliche Vereinbarung voraus, die ausdrücklich oder stillschweigend getroffen werden kann*. 59
Zu beachten ist auch, dass Jugendliche und weibliche Arbeitnehmer nur beschränkt zu Hilfsarbeit beigezogen werden können*. 60

5.6.4 Zusammenlegung freier Halbtage

Werden die gemäss Arbeitsgesetz zu gewährenden freien Halbtage nicht wöchentlich eingeräumt, sondern in längeren Abschnitten als ganze Tage, so ist die Höchstarbeitszeit lediglich im Durchschnitt einzuhalten*. 61
In den Wochen, in denen der freie Halbtag nicht gewährt wird, darf die wöchentliche Höchstarbeitszeit um höchstens vier Stunden überschritten werden*. 62

---

[54] Die restlichen bedürfen einer Bewilligung der kantonalen Behörde. Bei Herabsetzung der Höchstarbeitszeit durch den Bundesrat auf 45 Stunden betragen die Ansätze 260 bzw. 90 Stunden (Art. 12 ArbG)

[55] Art. 31, 35 und 36 ArbG; [56] Art. 13 ArbG; [57] vgl. B I 2 hienach;

[58] Art. 14 ArbG und Art. 41 VO I zum ArbG

[59] vgl. HUG N. 1 zu Art. 14 ArbG, OSER/SCHOENENBERGER N. 12-14 zu Art. 319 OR, BECKER N. 5 zu Art. 319 OR

[60] Art. 31 Abs. 1 und 3, 35 Abs. 1, 36 Abs. 2 ArbG sowie Art. 63 und 69 VO I zum ArbG

[61] Art. 21 Abs. 2 ArbG; [62] Art. 46 Abs. 2 VO I zum ArbG

5.7 Bestrebungen zur Herabsetzung der öffentlich-rechtlichen Höchstarbeitszeit

Seitdem die 48-Stunden-Woche grösstenteils verwirklicht ist, wird von Arbeitnehmerseite als nächstes Ziel auf dem Wege der Arbeitszeitverkürzung die 40-Stunden-Woche angestrebt. So reichten im November 1973 die Progressiven Organisationen der Schweiz, das Partito Socialista Autonomo und die Revolutionäre Marxistische Liga eine Volksinitiative zur Einführung der 40-Stunden-Woche ein. Die vom Schweizerischen Typographenbund, nicht aber vom Schweizerischen Gewerkschaftsbund unterstützte Initiative kam jedoch wegen Ungültigerklärung von 12'447 oder 23 % der insgesamt 55'061 eingereichten Unterschriften nicht zustande*. [63]

Ebenfalls im Jahre 1973 reichte Nationalrat Canonica eine Motion ein, die auf Festlegung einer absoluten Höchstarbeitszeit von 50 Stunden pro Woche abzielte. Der Bundesrat nahm die Motion nur als Postulat entgegen. Auf die unbedingte Höchstgrenze wollte er nicht eintreten, dagegen sicherte er Prüfung der Ausnahmeregelung sowie die sofortige Anhandnahme einer Totalrevision der Verordnung II zum Arbeitsgesetz zu*. [64]

Demgegenüber haben Mitte 1975 die Sozialminister der Europäischen Gemeinschaft für die Mitgliedstaaten die 40-Stunden-Woche vereinbart*. [65]

6. Oeffentlich-rechtliche Beschränkung der täglichen Höchstarbeitszeit

6.1 Keine allgemeine tägliche Höchstarbeitszeit

Das Arbeitsgesetz sieht nicht wie bei der wöchentlichen Arbeitszeit auch für die tägliche Arbeitszeit eine allgemeingültige Höchststundenzahl vor. Grundsätzlich kann die wöchentlich zulässige Arbeitszeit frei auf die zur Verfügung stehenden Tage verteilt werden. Entsprechende Vereinbarung vorausgesetzt, kann selbst die Arbeitszeit, die an einem den Sonntagen gleichgestellten Feiertag ausfällt, auf die übrigen Wochentage verteilt werden*. [66]

---

[63] vgl. SAGZ 1974 S. 8 und 561

[64] vgl. SAGZ 1973 S. 469

[65] Meldung der Tagespresse

[66] ARV 1972 S. 9

Eine tägliche Höchstarbeitszeit besteht nur in folgenden Fällen:

- für Jugendliche maximal 9 Stunden* 67
- für Nachtarbeit sowie für Schichtarbeit in industriellen Betrieben* maximal 9 Stunden 68
- für den ununterbrochenen Betrieb maximal 9 Stunden, unter bestimmten Umständen 12 Stunden* 69
- für Schwangere maximal Normalarbeitszeit* 70

6.2 Grenzen der Tagesarbeit

Eine Beschränkung der täglichen Arbeitszeit ergibt sich indirekt dadurch, dass die Arbeit wegen des grundsätzlichen Nachtarbeitsverbotes auf die Tagesstunden verlegt werden muss. Tagesarbeit darf im Sommer (1. Mai - 30. September) nur von 0500 bis 2000 Uhr und im Winter (1. Oktober - 30. April) nur von 0600 bis 2000 Uhr dauern. An Samstagen und vor Feiertagen, die den Sonntagen gleichgestellt sind, endet der Zeitraum für die Tagesarbeit in industriellen Betrieben bereits um 1700 Uhr*. 71

Bei Nachweis eines Bedürfnisses kann eine Verschiebung dieser Grenzen bewilligt werden. Dann aber muss die tägliche Arbeitszeit innerhalb eines Zeitraumes von 14 Stunden liegen*. 72

In ähnlicher Weise ist die tägliche Arbeitszeit weiblicher Arbeitnehmer begrenzt, da sie innerhalb eines Zeitraumes von 12 Stunden zu leisten ist*. 73

Auch bezüglich Grenzen der Tagesarbeit muss im Einzelfall geprüft werden, ob nicht die Verordnung II zum Arbeitsgesetz eine Sonderregelung getroffen hat*. 74

---

67 Art. 31 Abs. 1 ArbG

68 Art. 17 Abs. 3, 23 Abs. 2, 24 Abs. 3 ArbG

69 Art. 50 Abs. 3 VO I zum ArbG

70 Art. 35 Abs. 1 ArbG

71 Art. 10 Abs. 1 ArbG, Art. 34 Abs. 1 VO I zum ArbG

72 Art. 10 Abs. 2, 3 und 4 ArbG

73 Art. 34 ArbG

74 vgl. Uebersicht Ziff. 5.4 hievor

6.3 Tägliche Ruhezeit und Pausen

6.3.1 Bedürfnis

Trotz der öffentlich-rechtlichen Beschränkung der täglichen Arbeitszeit besteht die Gefahr, dass die Arbeit physiologisch ungünstig angesetzt wird, beispielsweise ohne genügende Unterbrüche oder mit zuvielen, was einer richtigen Erholung ebenfalls abträglich ist. Deshalb garantiert das Arbeitsgesetz einerseits tägliche Mindestpausen und anderseits zusammenhängende tägliche Mindestruhezeiten.

6.3.2 Ruhezeit

Die Zeit von Arbeitsbeginn am Morgen bis Arbeitsschluss am Abend ist in den letzten Jahren für die Mehrzahl der Arbeitnehmer verkürzt worden. Mit der Vergrösserung der Distanzen zwischen Wohn- und Arbeitsort, aber auch mit der zunehmenden Bedeutung der Freizeitgestaltung hat der Arbeitnehmer immer mehr das Bedürfnis, Arbeitszeit und Pausen auf eine möglichst kurze Zeitspanne zu reduzieren*. [75]
Nur eine zusammenhängende Ruhezeit von gewisser Dauer vermag das menschliche Bedürfnis nach Nahrungsaufnahme, Schlaf und Erholung ausreichend zu befriedigen*. [76]

Aus der Begrenzung der Tagesarbeit auf den Zeitraum von 15 Stunden im Sommer und 14 Stunden im Winter ergibt sich allgemein eine tägliche Ruhezeit von mindestens 9 Stunden im Sommer und 10 Stunden im Winter. Besondere Mindestruhezeiten bestehen für weibliche Arbeitnehmer (mindestens 11 Stunden) und für Jugendliche (mindestens 12, ausnahmsweise einmal in der Woche 11 Stunden)*. Bei verschobenen [77]
Grenzen der Tagesarbeit muss eine Ruhezeit von mindestens 10 aufeinanderfolgenden Stunden gewährt werden, ausnahmsweise vor einer 36-stündigen Ruhezeit lediglich eine solche von 8 Stunden*. [78]

6.3.3 Pausen

Das Arbeitsgesetz* schreibt folgende Mindestpausen vor: [79]

- 15 Minuten bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als fünfeinhalb Stunden
- 30 Minuten bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden
- 60 Minuten bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als neun Stunden

---

[75] Botschaft zur Revision des Arbeitszeitgesetzes, Bbl 1971 I 450
[76] Botschaft zum ArbG, Bbl 1960 II 974
[77] Art. 62 und 68 VO I zum ArbG; [78] Art. 42 VO I zum ArbG;
[79] Art. 15 ArbG

Damit diese Pausen wirklich die Arbeit unterbrechen und eine minimale Erholung sicherstellen, dürfen sie nicht unterteilt* und nicht auf die Randstunden verlegt werden. Falls trotz Unterbrechung der täglichen Arbeitszeit durch die Pause ein zusammenhängender Teil der Arbeitszeit nach wie vor fünfeinhalb, sieben oder gar neun Stunden überdauert, ist für diesen Abschnitt nochmals die entsprechende Mindestpause einzuräumen, auch wenn das Arbeitsgesetz nur die "tägliche" Arbeitszeit als Bemessungsgrundlage voraussetzt*. 80 81

Die Pausen können für einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern gleichzeitig oder zu verschiedenen Zeiten angesetzt werden. Ueber die Ansetzung sind die Arbeitnehmer oder gegebenenfalls deren Vertreter im Betrieb anzuhören*. Eine Sondervorschrift kennt das Arbeitsgesetz für weibliche Arbeitnehmer, die einen Haushalt mit Familienangehörigen besorgen. Auf Verlangen muss ihnen eine Mittagspause von mindestens anderthalb Stunden eingeräumt werden*. Abweichende Bestimmungen gelten auch für Berufsschauspieler und Bewachungsbetriebe*. 82 83 84

Der Arbeitnehmer muss während der Pause seine Maschine, seinen Schreibtisch, sein Arbeitsstück verlassen, seine Funktion einstellen können. Sonst lässt sich der in Verpflegungsaufnahme, Ausspannung und Kräftesammlung liegende Pausenzweck nur schwer verwirklichen. Darf der Arbeitnehmer beispielsweise wegen gewisser Kontrollaufgaben seinen Arbeitsplatz - als solcher gilt jeder Ort im Betrieb oder ausserhalb des Betriebes, an dem sich der Arbeitnehmer zur Ausführung der ihm zugewiesenen Arbeit aufzuhalten hat* - nicht verlassen, so ist die Pause nicht Freizeit, sondern Arbeitszeit*. Verlässt der Arbeitnehmer den Arbeitsplatz nicht, kann er sich jedoch frei bewegen und beispielsweise ein Personalrestaurant aufsuchen, so wird die Pause öffentlichrechtlich als Freizeit behandelt. Entscheidend muss auch hier sein, ob der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stehen hat oder nicht. 85 86

Mit den verhältnismässig kurzen Mindestpausen trägt das Arbeitsgesetz den besonders bei langen Arbeitswegen bestehenden Wünschen nach einer durchgehenden Arbeitszeit (englische Arbeitszeit) Rechnung*. Die Parteien können selbstverständlich in beliebiger Weise längere Pausen oder neben den Hauptpausen Nebenpausen vereinbaren. So besteht beispielsweise auf "Znüni-" oder "Zvieripausen" kein gesetzlicher Anspruch. In vielen Betrieben sind diese Arbeitsunterbrüche jedoch derart üblich, dass sie einen vertraglichen Anspruch begründen können. Es steht den Parteien ferner frei, zu vereinbaren, dass die Pausenzeit ganz oder teilweise als Arbeitszeit berechnet wird. Ueblich dürfte die Anrechnung als Arbeitszeit lediglich bei Nebenpausen sein. Bei Hauptpausen kommt anteilsmässige Anrechnung etwa bei auswärtiger Tätigkeit vor, da Freizeit ausserhalb der gewohnten 87

---

[80] Art. 32 Abs. 2 VO I zum ArbG; [81] vgl. HUG N. 3 und BIGLER N. 1 zu Art. 15 ArbG; [82] Art. 32 Abs. 1 VO I zum ArbG und Art. 48 ArbG [83] Art. 36 Abs. 1 ArbG; [84] Art. 139, 168 VO II zum ArbG; [85] Art. 32 Abs. 3 VO I zum ArbG; [86] Art. 15 Abs. 2 ArbG; [87] vgl. HINDERMANN S. 76

Umgebung nicht die gleiche Erholung bietet*. 88

Nicht gesetzlich und auch nur selten ausdrücklich vertraglich geregelt sind die wenige Augenblicke umfassenden Minimalpausen und die Kurzpausen von wenigen Minuten. Ihre Grundlage ist nicht nur die Pflicht des Arbeitgebers, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten, sie ergeben sich als Selbstverständlichkeit aus der Natur jeder Arbeitsleistung. Zu jeder Arbeit gehört neben der Anspannung der Arbeitskraft zu deren Erneuerung auch ein periodisches Entspannen innerhalb kürzerer Zeitabschnitte. Mit richtiger Einschaltung von Kurzpausen kann die Leistung gesteigert und die Ermüdung rechtzeitig aufgefangen werden*. Die Häufigkeit solcher Kurzpausen hängt vom indi- 89
viduellen Arbeitsrhythmus des Arbeitnehmers ab. Sie treten meist offen als Zigarettenpause, Gespräch mit Kollegen, Aufsuchen der Toilette oder auf ähnliche Weise in Erscheinung, können aber beispielsweise durch geschäftiges Aufräumen und Reinigen des Arbeitsplatzes oder Einholen unnötiger Auskünfte maskiert sein. Kurzpausen berechtigen den Arbeitnehmer grundsätzlich nicht zum Verlassen des Arbeitsplatzes. Sie gelten deshalb als Arbeitszeit. Bei Missbrauch durch den Arbeitnehmer kann sie der Arbeitgeber nicht von der Arbeitszeit in Abzug bringen. Es bleibt ihm nur die Kündigung wegen ungenügender Arbeitsleistung.

---

88 vgl. Art. 7 Abs. 2 Arbeitszeitgesetz (20 % auswärtiger Pausen gelten als Arbeitszeit) sowie Botschaft zum Arbeitszeitgesetz (Bbl 1971 I 450 f.)

89 vgl. KAUFMANN S. 95

II. Wöchentliche freie Tage und Halbtage

1. Ein freier Tag pro Woche als gesetzliches Minimum für alle Arbeitnehmer

Das Obligationenrecht verpflichtet den Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer mindestens einen freien Tag pro Woche zu gewähren. Dieser Tag kann unter besonderen Umständen ausnahmsweise in Form von zwei Halbtagen eingeräumt oder über mehrere Wochen zusammengespart werden*. 1

Die nur dem Obligationenrecht unterstehenden Arbeitnehmer kommen also - vorbehältlich günstigerer Vereinbarung - lediglich in den Genuss der 6-Tage-Woche. Die gesetzliche Zurückhaltung erklärt sich durch die Rücksichtnahme auf Branchen, wo lange Arbeitszeiten oder zumindest lange Präsenzzeiten üblich sind, wie beispielsweise in der Landwirtschaft* und im Hausdienst. Gerade für diese Berufszweige ist jedoch die obligationenrechtliche Mindestvorschrift von Bedeutung, da die dem Arbeitsgesetz unterstellten Arbeitnehmer durch das Verbot der Sonntagsarbeit* ohnehin in den Genuss eines freien Tages kommen. 2 3

2. Zusätzlicher freier Halbtag für die dem Arbeitsgesetz unterstellten Arbeitnehmer

2.1 Grundsatz und Zweck

Das Arbeitsgesetz garantiert den ihm unterstellten Arbeitnehmern einen zusätzlichen freien Halbtag pro Woche. Zweck dieser zusätzlichen Freizeit ist die Einräumung von Zeit für persönliche Besorgungen während der Woche zugunsten von Arbeitnehmern, die an 6 Tagen in der Woche arbeiten. Vorteile des zusätzlichen, meist am Samstagnachmittag gewährten Halbtages werden auch für den Arbeitgeber gesehen. Der Arbeitnehmer erhalte Gelegenheit, alle seine Besorgungen am freien Halbtag vorzunehmen, womit Kurzabsenzen und in deren Folge Störungen des Arbeitsablaufes vermieden werden könnten*. Da aber für die meisten Amtsstellen und viele Dienstleistungsbetriebe die Fünftagewoche eingeführt worden ist, lässt sich 4

---

1 Näheres zur Lage des freien Tages unter C III hienach

2 Namentlich von Seiten des Schweizerischen Bauernverbandes wurde gegen die Festlegung eines wöchentlichen freien Tages Bedenken erhoben. Er postulierte die Zulässigkeit abweichender, möglichst gleichwertiger Regelungen durch Normalarbeitsverträge, anerkannte aber, dass langfristig die vermehrte Freizeitgewährung auch in Bauernbetrieben eingeführt werden müsse, wenn auf den mittleren und grösseren Betrieben die notwendigen Arbeitskräfte erhalten bleiben sollten. Vgl. Bbl 1967 II 108 f.

der dem zusätzlichen Halbtag zugrunde liegende Zweck am Samstagnachmittag nur teilweise verwirklichen*. Der freie Halbtag hat denn auch im Bewusstsein der Arbeitnehmer die ursprüngliche Zweckgebundenheit verloren. 5
Der zusätzliche freie Halbtag konnte wegen Befürchtungen namentlich von Seiten der Landwirtschaft nicht ins Obligationenrecht übernommen werden. Vermutlich werden ihn die meisten kantonalen Normalarbeitsverträge einführen*. 6

2.2 Ausnahme für Nacht- und Schichtarbeit

Die konsequente Befolgung der Zweckgebundenheit führt dazu, dass der freie Halbtag Arbeitnehmern, die Nacht- oder Schichtarbeit leisten, nicht gewährt werden muss*. Wohl haben diese Arbeitnehmer 7
tagsüber Gelegenheit, die persönlichen Besorgungen zu erledigen. Vom Gesichtspunkt der Gleichberechtigung mit den andern Arbeitnehmern her wirkt der Ausschluss diskriminierend.

2.3 Wegfall in Wochen mit arbeitsfreien Tagen

Der freie Halbtag muss gemäss Art. 21 Abs. 1 ArbG in Wochen nicht gewährt werden, in denen ein arbeitsfreier Tag liegt. Vorbehalten bleiben die Fälle, wo der arbeitsfreie Tag mit dem freien Halbtag - bei Fünftagewoche mit dem freien Wochentag - zusammentrifft*. Nicht 8
arbeitsfreie Tage im Sinne von Art. 21 Abs. 1 ArbG sind Ersatzruhetage für Sonntagsarbeit und ausfallende Arbeitstage, die ausgeglichen werden*. Auch der Sonntag gilt nicht als derartiger arbeitsfreier Tag, 9
denn einerseits wollte das Arbeitsgesetz zusätzlich zum Sonntag den freien Halbtag einräumen und andererseits gilt auch der Ersatzruhetag nicht als arbeitsfrei. Dies wirkt sich auf die den Sonntagen gleichgestellten Feiertage aus*. Mit der Gleichstellungsmöglichkeit durch 10
die Kantone wollte der Gesetzgeber die Arbeitnehmer in den Genuss von zusätzlichen höchstens acht freien Tagen kommen lassen und die Feiertage in jeder Hinsicht wie Sonntage behandelt wissen. Er wollte

---

[3] Art. 18 Abs. 1 ArbG sowie Art. 20 ArbG (Ersatzruhe)
[4] Bbl 1960 II 978; [5] HUG N. 1 zu Art. 21 ArbG; [6] SCHWEINGRUBER S. 162; [7] Art. 46 Abs. 1 VO I zum ArbG; [8] Jahresbericht des ständigen Einigungsamtes Baselstadt 1973 S. 4; [9] Art. 46 Abs. 3 VO I zum ArbG; [10] Art. 18 Abs. 2 ArbG

"sonntagsgleiche", nicht nur "sonntagsähnliche" Feiertage schaffen*. 11
Die von den Kantonen den Sonntagen gleichgestellten Feiertage gelten somit nicht als arbeitsfrei im Sinne von Art. 21 Abs. 1 ArbG. Anders liegen die Verhältnisse bei den übrigen kantonalen Feiertagen, die nicht den Sonntagen gleichgestellt sind. Da sie das Arbeitsgesetz wie freie Werktage behandelt, wird durch diese Feiertage der freie Halbtag für die entsprechende Woche abgegolten. Vom Gedanken des Arbeitnehmerschutzes aus muss der freie Halbtag auch nicht gewährt werden, wenn der Arbeitnehmer übliche freie Tage im Sinne von Art. 329 Abs. 3 OR eingeräumt erhalten hat. In privatrechtlicher Hinsicht bedarf jedoch eine solche Regelung der Vereinbarung. Entweder wird die übliche Freizeit zusätzlich zur ordentlichen gewährt oder die ausfallende Arbeitszeit ist nachzuholen. In diesem Rahmen könnte allenfalls die Abmachung getroffen werden, dass der freie Halbtag mit der Ausgleichsarbeit zu kompensieren sei. Sofern für bestimmte Anlässe (z. B. Hochzeit oder Wohnungswechsel des Arbeitnehmers) genaue Ansprüche vereinbart sind, ist vermutungsweise davon auszugehen, dass die festgelegte freie Zeit zur ordentlichen Freizeit hinzukommt. Für eine anderweitige Abmachung hat wohl der Arbeitgeber den Beweis zu erbringen.

Ganz allgemein darf auch beim freien Halbtag nicht übersehen werden, dass das Arbeitsgesetz Mindestvorschriften aufstellt. Günstigere Vereinbarungen gehen vor. Haben sich die Parteien beim Vertragsschluss ohne Erwähnung der arbeitsgesetzlichen Regelung auf die 5 1/2-Tage-Woche geeinigt, so darf der Arbeitnehmer in guten Treuen davon ausgehen, dass er die anderthalb freien Tage in jedem Fall beziehen kann, dass also andere arbeitsfreie Tage - eingeschlossen die konfessionellen Feiertage - zusätzlich zu gewähren sind. Das Arbeitsgesetz erlaubt nur die Arbeit am freien Halbtag in Wochen mit arbeitsfreien Tagen. Es stellt keine entsprechende Arbeitspflicht auf.

Bei 5-Tage-Woche besteht grundsätzlich ebenfalls die Möglichkeit, in Wochen mit arbeitsfreien Tagen den Halbtag nachzuarbeiten. Doch der freie Samstag wird durch die regelmässige Gewährung zu einem derart wichtigen Vertragsbestandteil, dass der Arbeitgeber nicht eigenmächtig Arbeit darauf umlegen kann, es sei denn, der Arbeitsvertrag mache einen entsprechenden Vorbehalt.

2.4 Sonderbestimmungen

In bezug auf den freien Halbtag gelten für verschiedene Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern aufgrund der Verordnung II zum Arbeitsgesetz Sondervorschriften*. 12

---

11 vgl. ARV 1973 S. 1 ff. und 1970 S. 9. Anderer Meinung HUG N. 3 zu Art. 21 ArbG

12 vgl. Uebersicht I 5.4 hievor

3. 5-Tage-Woche und weitergehende Vereinbarungen

Die Parteien können in beliebigem Umfang mehr freie Wochentage vereinbaren. Schon seit längerer Zeit kennt man von öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen her die 5-Tage-Woche. Diese hat in den letzten Jahren auch in Einzelarbeitsverträgen und in Gesamtarbeitsverträgen* verbreitet Eingang gefunden. 13

Kürzere Arbeitswochen werden oft unter dem Druck schlechter Wirtschaftslage vereinbart. Dieser Fall von Kurzarbeit hat meistens den Charakter einer Ausnahmeregelung. Erst nach längerer Dauer wird Kurzarbeit zur Normalarbeitszeit, was namentlich in bezug auf die Ueberstunden von Bedeutung ist.

Dagegen kann bei Teilzeitarbeit eine kürzere Arbeitswoche normale Arbeitszeit darstellen. Arbeitnehmer, die nur zeitweise einer Arbeit nachgehen können oder wollen, werden versuchen, die Erbringung der Arbeitsleistung vertraglich auf einzelne Tage oder Halbtage zu beschränken. Durch diese Einschränkung auf einzelne Tage gehen sie des arbeitsvertraglichen und arbeitsgesetzlichen Schutzes nicht verlustig*. 14

Ausgesprochen kurze Arbeitswochen sind in den USA üblich. Seit mehreren Jahren kennen die Amerikaner die Viertage-40-Stunden-Woche. Bereits sind Versuche mit der 3-Tage-Woche zu je 12 1/2 Tagesstunden unternommen worden. Die Arbeitszeit wird so verteilt, dass der Arbeitnehmer nie mehr als zwei Tage hintereinander zu arbeiten hat und jede zweite Woche in den Genuss eines 5-tägigen Wochenendes kommt*. Für unsere Verhältnisse muten derartige Regelungen reichlich futuristisch an. Rein rechtlich gesehen bestünden aber auch bei uns keine Hindernisse für entsprechende Vereinbarungen. 15

---

13 z. B. GAV Holzindustrie (Art. 4.2), gebietsweise in GAV Schreinergewerbe (Art. 7)

14 vgl. Art. 319 Abs. 2 OR

15 vgl. W. SCHWEISHEIMER, Ist die Dreitage-40-Stunden-Arbeitswoche möglich? in GewRS 1971 231 ff.

III. Feiertage

1. Zweck der Feiertage

Die Feiertage dienen nicht wie die ordentliche Freizeit in erster Linie der Erholung oder der Erledigung persönlicher Bedürfnisse. Vielmehr wollen sie die besondere Bedeutung bestimmter Tage, die diesen im Laufe der Zeit zuteil geworden ist, hervorheben und zur Pflege der damit verbundenen Traditionen beitragen. Dass der Gesetzgeber Feiertage arbeitsfrei erklärt, findet die Rechtfertigung vor allem darin, dass die festliche Begehung solcher Tage durch die Oeffentlichkeit eine Arbeitsruhe notwendig macht. Dem Fest soll durch Vermeidung von Lärm, Geschäftigkeit und dergleichen ein würdiger Rahmen verliehen werden. Der Bürger soll Gelegenheit zur Erbauung finden*. 16
Das Arbeitsverbot richtet sich dementsprechend gegen jedermann, nicht nur gegen die Arbeitnehmer*. Die mit den Feiertagen verbundene 17
Freizeit ist also vorerst nicht ein Geschenk des Gesetzgebers aus Anlass des Festtages.

Verschiedene Gründe können den Gesetzgeber von der Notwendigkeit einer Arbeitsruhe überzeugen. In den meisten Fällen ist es die Heiligung hoher religiöser Festtage (Karfreitag, Ostermontag, Auffahrt, Fronleichnam, Allerheiligen, Maria Himmelfahrt, Maria Empfängnis, Weihnachten, usw.). Der Grund kann auch, in Anlehnung an historische Ereignisse, in der Pflege staatserhaltender, vaterländischer Gefühle liegen (1. August*, Schlachtfeiern, wie z. B. die Näfelserfahrt 18
in Glarus oder Jahrhundertfeiern) sowie in sozialer oder allgemeiner Neubesinnung (1. Mai, Silvester, Neujahr, usw.).

Wenn die Feiertage auch vorwiegend im Interesse der Allgemeinheit arbeitsfrei erklärt werden, so ist doch die dem einzelnen Arbeitnehmer erwachsende zusätzliche Freizeit eine wichtige Nebenwirkung jeder Feiertagsregelung. Die eigentliche Bedeutung vieler Feiertage ist heute dem einzelnen Arbeitnehmer weitgehend unbekannt. Für ihn steht die Freizeit, die er zur Erholung im Kreise seiner Familie verbringen kann, im Vordergrund. Deshalb darf auch der Erholungscharakter der Feiertage nicht übersehen werden*. 19

2. Die kantonale Feiertagsgesetzgebung

2.1 Kompetenz der Kantone

In der Bundesverfassung findet sich keine Ermächtigung zugunsten des Bundes, arbeitsfreie Feiertage festzulegen. Da der Gedanke des Arbeitnehmerschutzes im Hintergrund steht, darf nicht Art. 34 ter Abs. 1 lit. a BV als Grundlage für eidgenössische Feiertage herangezogen

---

[16] vgl. BGE 91 I 241 ff.; [17] vgl. ARV 1971, S. 1 ff.; [18] vgl. BGE vom 31. März 1939 (Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1939, S. 237 ff.

werden. Solange die Arbeitsruhe mit öffentlichen Interessen gerechtfertigt werden kann, bleibt die kantonale Souveränität durch den Bund unangetastet*. Das Arbeitsgesetz behält denn auch rein deklaratorisch entsprechende kantonale Polizeivorschriften vor*. 20 21

Kraft ihrer Kompetenz können die Kantone beliebig viele konfessionell, historisch, politisch oder sonst bedeutsame Tage als öffentliche Feier- oder Ruhetage erklären. Die Bestimmung des Arbeitsgesetzes, wonach den Kantonen erlaubt wird, höchstens acht Feiertage den Sonntagen gleichzustellen, beschränkt dieses Recht nicht. Sie delegiert lediglich ein Stück Arbeitnehmerschutz an die Kantone, indem durch die Gleichstellung die Feiertagsarbeit bundesrechtlich wie Sonntagsarbeit behandelt wird*. 22

2.2 Ausgestaltung

Die Kantone haben in ihrer Ruhetagsgesetzgebung die Feiertage* bezeichnet, an denen die Arbeit eingestellt werden muss. Die Gesetze enthalten Ausnahmen vom Beschäftigungsverbot für Berufe, deren Arbeit auch an Sonntagen notwendig ist. Es handelt sich meistens um die gleichen Vorbehalte, wie sie in der Verordnung II zum Arbeitsgesetz hinsichtlich Sonntagsarbeit vorgesehen sind. Für bestimmte Berufe kann die Arbeit an Feiertagen von einer kantonalen Bewilligung abhängig gemacht werden. In der Regel sind die Ausnahmen jedoch recht umfassend, so dass die Mehrzahl der Betriebe, in welchen Feiertagsarbeit üblich ist, keine Bewilligung benötigt*. 23 24

Einige Kantone haben die Feiertage namentlich aus Rücksicht auf kommunale oder regionale konfessionelle Mehrheiten nicht für das ganze Kantonsgebiet einheitlich festgelegt. Zum Teil wurde die Kompetenz für einzelne Tage an die Gemeinden delegiert*. 25

---

[19] vgl. BGE 91 I 241 ff "wenngleich der Hauptzweck öffentlicher Feiertage nicht die Erholung ist, bildet doch die damit gewonnene Freizeit einen ... wichtigen Faktor."

[20] Art. 3 BV. Diese Auffassung wurde vom Bundesrat in der Antwort auf eine kleine Anfrage im Jahre 1968 wie folgt bestätigt: "Es gibt keine eidgenössischen Feiertage. Nach der Bundesverfassung wären weder die Bundesversammlung noch der Bundesrat befugt, allgemein für die ganze Schweiz gültige Feiertage festzusetzen. Für den Erlass von Vorschriften über die öffentlichen Feiertage, an welchen die Arbeit ruht, sind ausschliesslich die Kantone zuständig." vgl. ARV 1971, S. 1 ff.

[21] Art. 71 c ArbG; [22] vgl. ARV 1972 S. 1 ff und 1973 S. 6;

[23] vgl. zu den Rechtsgrundlagen und den einzelnen kantonalen Feiertagen Anhang.

[24] vgl. ARV 1971 S. 1 ff; [25] vgl. ARV 1973 S. 6

3. Den Sonntagen gleichgestellte Feiertage

Das Arbeitsgesetz* räumt den Kantonen die Befugnis ein, höchstens acht* Feiertage im Jahr den Sonntagen gleichzustellen. Wie erwähnt, wird dadurch nicht das Recht der Kantone beschränkt, grundsätzlich beliebig viele Feiertage arbeitsfrei zu erklären. Dem kantonalen Gesetzgeber wird lediglich die Möglichkeit erteilt, bis zu acht Feiertage dem bundesrechtlichen Verbot der Sonntagsarbeit mit allen Nebenfolgen zu unterstellen. Da es sich um eine delegierte Bundeskompetenz handelt, die sich auf die dem Arbeitsgesetz unterstellten Betriebe beschränkt, und nicht um kantonales Polizeirecht, vollzieht der Kanton die Gleichstellung formell richtig durch Bezeichnung der entsprechenden Feiertage in den kantonalen Einführungsgesetzen zum Arbeitsgesetz und nicht in der Ruhetagsgesetzgebung. 26 27

Das Arbeitsgesetz sieht ausdrücklich vor, dass die Kantone bei der Gleichstellung in einzelnen Kantonsteilen andere Feiertage bestimmen können. Damit wird auch auf Bundesebene den unterschiedlichen konfessionellen Mehrheiten innerhalb der einzelnen Kantone Rechnung getragen. Die Kantone Bern, Glarus, Freiburg, Solothurn, Baselland, Aargau und Neuenburg haben derartige unterschiedliche Regelungen getroffen oder sehen zumindest vor, dass eine kantonale Behörde (Neuenburg: Conseil d'Etat) oder eine Gemeindebehörde (Aargau und Glarus: Gemeinderäte) für einzelne Gemeinden abweichende Feiertage bestimmen können. Die vielfältigste Regelung hat der Kanton Aargau, indem er die Feiertage bezirksweise bezeichnet, zum Teil den Gemeinderäten eine gewisse Kompetenz überlässt und zudem für einen Bezirk noch Ausnahmen vorsieht, falls Weihnachten und Neujahr auf einen Montag oder Freitag fallen.

Die Kantone haben die Gleichstellungen dem BIGA zu melden*. Gestützt auf diese Meldungen führt das BIGA ein Verzeichnis der den Sonntagen gleichgestellten Feiertage*. 28 29

---

[26] Art. 18 Abs. 2 ArbG

[27] Zwischen den Räten bestand in bezug auf die Höchstzahl der gleichstellbaren Feiertage beim Erlass des Arbeitsgesetzes eine Differenz. Der Nationalrat wollte die Möglichkeit für höchstens acht, der Ständerat für höchstens zwölf Feiertage schaffen. Man einigte sich dann auf dem Standpunkt des Nationalrates (vgl. HUG N. 4 zu Art. 18 ArbG).

[28] Art. 76 Abs. 1 lit. b VO I zum ArbG; [29] siehe Anhang

Wie bei Sonntagsarbeit beschränkt sich der bundesrechtliche Schutz bei Feiertagen auf den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes. In diesem Zusammenhang kann noch auf das Heimarbeitsgesetz verwiesen werden, das dem Heimarbeiter einen gewissen Schutz vor Sonn- und Feiertagsarbeit bietet, indem es an Sonn- und Feiertagen die Ausgabe und Abnahme von Heimarbeit verbietet*. Da der Heimarbeiter seine Arbeit aber weitgehend unabhängig einteilt, hat dieser Schutz nur eine schwache Wirkung. 30

4. Feiertage gestützt auf Gesamtarbeitsvertrag oder Vereinbarung

Die Gesamtarbeitsverträge halten sich in der Regel ebenfalls an acht Feiertage im Jahr. Für den Arbeitnehmer ist eine gesamtarbeitsvertragliche Bestimmung, die acht Feiertage gewährt, in denjenigen Kantonen günstiger, die weniger Feiertage den Sonntagen gleichgestellt haben*. Zum Teil entschädigen die Gesamtarbeitsverträge weniger als acht Tage, zum Teil mehr*. Gemäss einer Untersuchung von 293 zweiseitig-korporativen Gesamtarbeitsverträgen durch das BIGA ergibt sich nach der Anzahl der ganz oder teilweise bezahlten Feiertage folgende Uebersicht*: 31 32 33

Entschädigte Feiertage	1962	1970	1974
Verträge ohne Regelung	6,9 %	--	--
bis 5 Tage	2,5	--	--
6 bis 6 1/2 Tage	56,9	9,8	4,0
7 bis 7 1/2 Tage	13,4	15,2	8,9
8 Tage	16,4	63,1	70,4
8 1/2 bis 9 1/2 Tage	2,5	10,9	14,7
10 und mehr Tage	1,4	1,0	2,0

Die Uebersicht zeigt eine deutliche Tendenz zur Vermehrung der bezahlten Feiertage.

Entweder bezeichnen die Gesamtarbeitsverträge die Feiertage selbst oder sie verweisen auf die kantonalen Feiertagsgesetze oder auf die Festlegung durch Lokalverbände, durch die Arbeitsvertragsparteien oder durch Abrede zwischen Arbeitgeber und Betriebskommission*. 34

---

30 Art. 7 BG über die Heimarbeit; 31 vgl. Anhang, z. B. lediglich 4 im reformierten Kantonsteil Freiburgs;

32 z. B. 6 Tage: GAV Coiffeurgewerbe; 11 Tage GAV Zahntechnische Ateliers des Kantons Zürich. Vergleiche im einzelnen zu den gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen Sonderheft Nr. 87 der Volkswirtschaft.

33 Sonderheft Nr. 87 der Volkswirtschaft, S. V

Dabei erfolgt die Festlegung entweder als Dauerregelung* oder von Jahr zu Jahr neu*. Meistens werden in den Gesamtarbeitsverträgen Neujahr, Karfreitag, Ostermontag, Auffahrt, Pfingstmontag, die beiden Weihnachtstage und ein achter Tag als ordentliche Feiertage bezeichnet. Dabei wird oft vorgesehen, dass im Sinne eines ständigen Austausches dort ein anderer Feiertag festzulegen ist, wo einer dieser Tage nicht üblich ist*. 35 36 37

Durch Gesamt- oder Einzelarbeitsvertrag kann für andere als die öffentlichen Feiertage Freizeit festgelegt werden. Solche Ordnungen entbinden jedoch den Arbeitgeber nicht von der Einholung der allenfalls notwendigen Bewilligungen und der Gewährung von Zuschlägen für Feiertagsarbeit oder von Ersatzruhe.

5. Nicht den Sonntagen gleichgestellte Feiertage

5.1 Konfessionelle Feiertage

Das Arbeitsgesetz ermächtigt den Arbeitnehmer, "an anderen als den von den Kantonen anerkannten konfessionellen Feiertagen die Arbeit auszusetzen"*. Darunter sind in erster Linie christliche Feiertage von konfessionellen Minderheiten in einzelnen Kantonen oder Kantonsteilen zu verstehen, beispielsweise katholische Feiertage, die in protestantischen Gegenden nicht als Feiertage anerkannt sind. Es können aber auch nicht anerkannte Feiertage anderer Religionen oder religiöser Gemeinschaften in Frage kommen*. Die Bestimmung basiert auf dem Grundgedanken, dass ein Arbeitnehmer nicht durch die Arbeitspflicht an der religiösen Betätigung gehindert wird, die seine - gleichgültig welche - Konfession fordert. Dem Arbeitnehmer sollen religiöse Konflikte im Zusammenhang mit der Arbeitspflicht erspart bleiben. Er kann ohne weiteres auf diesen Schutz verzichten. 38 39

Der Arbeitnehmer muss seine Absicht dem Arbeitgeber spätestens bei Beginn der Arbeit am Tag vor dem konfessionellen Feiertag anzeigen. Der Arbeitgeber hat dann keine rechtliche Möglichkeit, die Freizeit zu verweigern. Er kann höchstens mit dem Arbeitnehmer Ausgleichsarbeit vereinbaren*. 40

---

[34] z.B. Art. 47 Friedensabkommen Maschinenindustrie, Art. 16 GAV Bürsten- und Pinselindustrie sowie Sonderheft Nr. 87 der Volkswirtschaft S. 7 ff.

[35] vgl. Art. 47 Friedensabkommen der Maschinenindustrie

[36] vgl. Art. 19.3 GAV Holzindustrie; [37] z.B. Art. 17.2 GAV Tapezier- und Dekorateurgewerbe

[38] Art. 18 Abs. 3 ArbG; [39] vgl. ARV 1971 S. 1 ff.

[40] Art. 18 Abs. 3 ArbG verweist denn auch auf Art. 11 ArbG

5.2 Nicht konfessionelle Feiertage

Das Recht des Arbeitnehmers, die Arbeit an nicht anerkannten Feiertagen auszusetzen, ist durch das Arbeitsgesetz ausdrücklich auf konfessionelle Feiertage beschränkt. Nicht anerkannte politische oder andere nicht konfessionelle Feiertage fallen somit ausser Betracht*. [41] Sofern an solchen Feiertagen nicht üblicherweise Freizeit zugebilligt wird*, muss der Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber einen Arbeitsunterbruch vereinbaren*. [42] [43]

Als derartige nicht konfessionelle Feiertage stehen der 1. August und der 1. Mai, soweit sie nicht kantonale Feiertage sind, im Vordergrund. Die Gesamtarbeitsverträge enthalten oft für diese beiden Tage besondere Normen, wobei sie dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf (unbezahlte und bei Anordnung durch den Arbeitgeber auf bezahlte) Freizeit einräumen*, den Tag als zusätzlichen (nicht entschädigten) Feiertag bezeichnen* oder auf die betriebliche Uebung verweisen*. Denkbar ist auch die Bestimmung, dass dem Arbeitnehmer der Besuch der 1. Mai-Feier zu ermöglichen sei*. [44] [45, 46] [47]

6. Zusammentreffen der Feiertage mit ordentlicher Freizeit oder Arbeitsverhinderung

Aus der Zweckgebundenheit* der Feiertage folgt, dass grundsätzlich kein Anspruch auf Nachgewährung eines freien Tages besteht, falls der Arbeitnehmer aus irgendwelchen Gründen bereits sonst von der Arbeitspflicht befreit ist. Da die Freizeit nur die festliche Begehung des Feiertages ermöglichen und nicht zusätzliche Erholung sicherstellen soll, ist sie nicht zusätzlich notwendig, falls an einem bestimmten Feiertag der Arbeitnehmer ordentlicherweise ohnehin im Genusse von Freizeit steht. So sind namentlich Feiertage, die auf arbeitsfreie Samstage oder Sonntage fallen, nicht nachzugewähren und auch nicht zu entschädigen. Dieser allgemein gültige Grundsatz wird gelegentlich in Gesamtarbeitsverträgen festgehalten*. Es ist natürlich möglich, den Nachgewährungsanspruch besonders zu vereinbaren, womit dann auch der Erholungskomponente des Feiertagsanspruchs Rechnung getragen wäre. Stillschweigend kann sich zum Beispiel bei alternierender Fünftagewoche durch Uebung die Vereinbarung entwickeln, dass der nicht arbeitenden Hälfte des Personals die auf Samstage fallenden Feiertage nachgewährt werden. Gleichermassen muss der freie Tag [48] [49]

---

[41] vgl. ARV 1971 S. 1 ff; [42] Art. 329 Abs. 3 OR; [43] Dieser kann im Rahmen von Art. 11 ArbG und Art. 39 VO I zum ArbG kompensiert werden (vgl. ARV 1971 S. 1 ff.)

[44] vgl. z. B. Art. 10 GAV Carrosseriegewerbe, Art. 30. 6 GAV bernisches Elektrogewerbe

[45] z. B. Art. 17. 3 GAV Tapezierer und Dekorateurgewerbe

[46] vgl. Art. 49 Friedensabkommen Maschinenindustrie

auch nicht nachträglich erteilt werden, falls der Arbeitnehmer wegen Arbeitsverhinderung* oder sonstigen Gründen nicht unter Arbeitspflicht steht. Kann der Feiertagszweck wegen Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten usw. am Feiertag selbst nicht verwirklicht werden, dann bleibt er unverwirklicht. Ein nachträgliches Feiern hat keinen Sinn. Wird ein Betrieb wegen Kurzarbeit oder, wie dies beispielsweise im Baugewerbe üblich ist, wegen schlechter Witterung vorübergehend geschlossen, so besteht kein Anspruch auf Nachgewährung oder Entschädigung von Feiertagen, die in die Schliessungszeit fallen*. 50 51

7. Freizeit im Zusammenhang mit Feiertagen

7.1 Arbeitsschluss vor Feiertagen

An Tagen vor Feiertagen, die den Sonntagen gleichgestellt sind, ist in industriellen Betrieben die Arbeit spätestens um 17 Uhr zu beenden*. Damit wird nur die Grenze der Tagesarbeit vorverlegt, also nicht etwa generell die Arbeit an Tagen vor Feiertagen um eine gewisse Zeit verkürzt. In vielen Betrieben besteht zwar die Uebung, dass an Feiertagsvortagen beispielsweise eine oder zwei Stunden weniger gearbeitet wird, doch kommt die arbeitsgesetzliche Vorschrift direkt nur Arbeitnehmern in industriellen Betrieben zugute, die normalerweise länger als bis 17 Uhr arbeiten. 52

7.2 "Bank holidays"

In England hat sich im Zusammenhang mit Feiertagen, wo - wie etwa zwischen Weihnachten und Neujahr, zwischen Karfreitag und Ostern oder an Auffahrt und Pfingsten - vorher oder nachher nur an vereinzelten Tagen Arbeitspflicht besteht, die Sitte entwickelt, mehrere zusammenhängende freie Tage zu gewähren (sog. bank holidays)*. Auch bei uns haben solche Kurzurlaube Eingang gefunden. Ein gesetzlicher Anspruch besteht nicht, höchstens etwa bei Ueblichkeit gestützt auf Art. 329 Abs. 3 OR. Möglich ist Vereinbarung entsprechender unbezahlter Freizeit oder Bezug als Ferientage, die jedoch der Arbeitgeber einzuräumen hat. 53

---

[47] z. B. C 1 364. 2300; [48] vgl. Ziff. 1 hievor; [49] vgl. z. B. Art. 48 Friedensabkommen Maschinenindustrie; [50] Art. 324 a OR

[51] vgl. NIKISCH S. 287, HUECK-NIPPERDEY S. 247, ARV 1966 S. 21 ff. und 67

[52] Art. 10 Abs. 1 ArbG; [53] vgl. MAX WEBER, Erholung und Arbeitskraft, Fremdenverkehrsseminar der Handelshochschule St. Gallen, 1944 S. 55

IV. Ausserordentliche Freizeit, insbesondere die "üblichen freien Stunden und Tage"

1. Grundlage und Zweck des Anspruchs auf die üblichen freien Stunden und Tage

Allen Arbeitnehmern, auf die das Obligationenrecht Anwendung findet, sind die "üblichen freien Stunden und Tage" zu gewähren*. Darunter 54
ist nicht die Freizeit zu verstehen, die sich aus öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitbeschränkungen oder aus der Ruhetagsgesetzgebung ergibt. Gemeint ist auch nicht die ordentliche Freizeit, die auf Vertrag, Gesamtarbeitsvertrag, Normalarbeitsvertrag oder Uebung beruht. Die Bestimmung strebt nicht eine allgemeine Arbeits- oder Freizeitordnung an, sondern will dem Arbeitnehmer innerhalb der ordentlichen Arbeitszeit unter gewissen Voraussetzungen einen zusätzlichen Freizeitanspruch schaffen, einen Anspruch auf ausserordentliche Freizeit*. 55

Der Arbeitnehmer - auch der Stundenlohnarbeiter - darf während der ordentlichen Arbeitszeit nicht einfach von sich aus frei nehmen. Er hat sich vertraglich zur Arbeitsleistung verpflichtet. Von der übernommenen Arbeitspflicht ist er nur entbunden, wenn er einen Anspruch auf Freizeit hat oder mit dem Arbeitgeber Freizeit vereinbart. Dieser Grundsatz gilt für bezahlte und unbezahlte Freizeit, für das gekündigte wie für das ungekündigte Arbeitsverhältnis. Durch eigenmächtiges Freimachen verletzt der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht, was wie bei Arbeitsverweigerung zu Schadenersatz und unter Umständen zu fristloser Entlassung führen kann.

Der Anspruch auf die "üblichen freien Stunden und Tage" wurde bei der Revision im Jahre 1911 ins Obligationenrecht aufgenommen*. 56
Mangels entsprechender Schutzvorschriften waren damals die Normalarbeitszeiten erheblich länger als heute. Namentlich in der Landwirtschaft und im Hausdienst stand der Arbeitnehmer tagsüber oft mehr oder weniger dauernd zur Verfügung des Arbeitgebers. Für persönliche Verrichtungen hatte er wenig bis keine Zeit. Der Anspruch sollte dem Arbeitnehmer die notwendige freie Zeit zur Erledigung persönlicher Angelegenheiten, zur Erfüllung religiöser Pflichten wie zum Beispiel zum Besuch des Gottesdienstes, zum Besuch kranker Angehöriger, zum Leichenbegängnis naher Verwandter oder Bekannter und zu ähnlichen Zwecken gewährleisten*. Mit der Verkürzung und Normierung der 57
Arbeitszeiten veränderten sich die Bedürfnisse nach ausserordentlicher

---

[54] Art. 329 Abs. 3 OR; [55] vgl. GOLDSCHMIDT, SJZ 1939/40 S. 55, OSER-SCHOENENBERGER N. 2 zu Art. 341 OR, STREIFF S. 81

[56] Art. 341 Abs. 1 OR. Bei der Revision im Jahre 1972 in Art. 329 Abs. 3 OR umgewandelt.

[57] vgl. OSER-SCHOENENBERGER N. 2, BECKER N. 1 und 2 zu Art. 341 OR

Freizeit. Zum Teil liessen sich gewisse Besorgungen in die ordentliche Freizeit verlegen, zum Teil konnten andere nur noch während der ordentlichen Arbeitszeit erledigt werden, wie etwa Vorsprachen bei Amtsstellen oder Besorgungen bei Dienstleistungsbetrieben mit eingeschränkten Oeffnungszeiten.

Wenn sich auch die Anspruchsgründe gewandelt haben, sind doch Sinn und Zweck des Anspruchs unverändert geblieben. Durch die Verpflichtung zur Arbeitsleistung soll der Arbeitnehmer nicht übermässig in seinen persönlichen Belangen eingeengt werden. Dringende persönliche Anliegen des Arbeitnehmers rechtfertigen eine vorübergehende Aufhebung der Arbeitspflicht. Der Anspruch erweist sich in diesem Sinne als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes* und des 58
besonderen Persönlichkeitsschutzes des Arbeitnehmers*. Der Arbeit- 59
nehmer muss sich jedoch bewusst sein, dass er mit jedem Arbeitsvertrag einen Teil seiner persönlichen Freiheit preisgibt und somit nicht aus beliebigen Gründen Entbindung von der Arbeitspflicht beanspruchen kann. Wünscht er dies, muss er beim Vertragsschluss einen entsprechenden Vorbehalt anbringen.

Aus der Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Persönlichkeit des Arbeitnehmers kann der Grundsatz hergeleitet werden, dass der Anspruch auf ausserordentliche Freizeit bei umfassender Arbeitspflicht weiter reicht als bei solcher geringeren Umfanges. So wird ein Teilzeitarbeitnehmer seltener in den Genuss ausserordentlicher Freizeit kommen als beispielsweise ein Arbeitnehmer in der Landwirtschaft oder im Hausdienst, ein Arbeitnehmer mit 5-Tage-Woche seltener als einer, der an sechs Tagen arbeiten muss, und ein Arbeitnehmer mit gleitender Arbeitszeit seltener als einer mit fester Arbeitszeit.

Auch wenn das Obligationenrecht keine entsprechende Vorschrift enthält, so muss aus der Systematik geschlossen werden, dass grundsätzlich die üblichen Stunden und Tage zusätzliche Freizeit darstellen und als solche nicht zu kompensieren sind. Die Norm befindet sich im gleichen Artikel wie der freie Sonntag, der auch nicht kompensiert werden muss. Der Charakter zusätzlicher Freizeit wird verstärkt durch die Einfügung, dass "im übrigen" die üblichen freien Stunden und Tage zu gewähren seien. Die Kompensation der Freizeit kann aber vereinbart werden*. 60

---

58 Art. 28 ZGB

59 Art. 328 Abs. 1 OR

60 vgl. Art. 25 Friedensabkommen Maschinenindustrie: "Kurze Absenzen zur Erledigung unaufschiebbarer persönlicher Angelegenheiten sind vor- oder nachzuholen, sofern sie nicht vom Arbeitgeber unter Anrechnung auf die Arbeitszeit bewilligt werden."

2. Uebung als qualitatives und quantitatives Kriterium

Die Fragen, ob überhaupt und gegebenenfalls wieviel freie Stunden oder Tage für bestimmte Anlässe zu gewähren sind, beantwortet das Obligationenrecht mit einem Verweis auf die Uebung. Die Uebung ist hier mittelbares Gesetzesrecht*. An sich könnte bisheriges kantonales Recht Hinweise für eine Uebung bringen*, doch solches dürfte kaum auffindbar und zudem überholt sein. Abzustellen ist auch hier auf persönliche, betriebliche, berufliche oder branchenmässige Uebung, eventuell auf Ortsgebrauch. Die Uebung kann von Ort zu Ort und von Beruf zu Beruf verschieden sein. Herrscht beispielsweise an einem bestimmten Ort die Uebung, bei Volksfesten den Arbeitnehmern Freizeit zu gewähren, so muss diese Uebung nicht unbedingt auch für Arbeitnehmer des Gastgewerbes oder ähnlicher interessierter Branchen bestehen*. Die Umstände des Einzelfalles müssen berücksichtigt werden. Für wichtige Anlässe sowie zugunsten von langjährigen Arbeitnehmern und solchen mit umfassender Arbeitspflicht sind oft günstigere Uebungen anzutreffen*. Zu weit geht die Auffassung*,das Obligationenrecht verzichte bewusst auf eine genaue Normierung zugunsten des richterlichen Ermessens und zugunsten von Recht und Billigkeit, denn Art. 4 ZGB enthält keinen Verweis auf die Uebung. 61 62 63 64,65

Hinweise auf bestehende Uebungen können gesamt- oder normalarbeitsvertragliche Regelungen geben. Diese bestimmen im allgemeinen zwar nur, für welche Tatbestände in welchem Umfang Anspruch auf bezahlte Freizeit besteht. Wenn für bestimmte Tatbestände jedoch in einer Branche bezahlte Freizeit üblich ist, so ist es zumindest unbezahlte Freizeit umso eher auch in anderen Branchen.

3. Anderweitige Regelung

Das Obligationenrecht schafft nur einen dispositiven Anspruch auf ausserordentliche Freizeit. Durch Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag können andere Regelungen getroffen werden, sei es im Sinne einer genauen Schematisierung oder einer gänzlichen Wegbedingung. Wenn der Anspruch völlig beseitigt werden soll, muss sich dies aus der Gesamtordnung eindeutig ergeben. Wie erwähnt, legen die Normal- oder Gesamtarbeitsverträge meist nur fest, für welche Abwesenheiten kein Lohnabzug vorgenommen werden darf. Solche Normierungen sind nur für bezahlte freie Stunden und Tage abschliessend. Ob daneben noch ein Anspruch auf unbezahlte Freizeit besteht, beurteilt sich wiederum nach der dispositiven Vorschrift von Art. 329 Abs. 3 OR.

---

[61] vgl. GUHL/MERZ/KUMMER S. 28; [62] Art. 5 Abs. 2 ZGB

[63] vgl. OSER-SCHOENENBERGER N. 2 und BECKER N. 3 zu Art. 341 OR sowie Botschaft 1967 S. 108

[64] vgl. Ziff. 1 hievor sowie STREIFF S. 81; [65] Schweingrubers (Arbeitsrecht S. 194)

Eine völlige oder teilweise Wegbedingung des Anspruchs findet sich bei Arbeitsordnungen mit gleitender Arbeitszeit, indem die Absenzen nicht als Arbeitszeit gelten. Immerhin werden in verschiedenen Ordnungen wenigstens die in die Blockzeit fallenden Absenzen der Arbeit gleichgestellt und bei ganztägigen Abwesenheiten die durchschnittlichen täglichen Normalarbeitsstunden angerechnet*. Die Rechtfertigung dieser Schlechterstellung bei gleitender Arbeitszeit liegt darin, dass der Arbeitnehmer dank der variablen Gleitzeit eher in der Lage ist, gewisse Besorgungen in die Freizeit zu verlegen. Bei Vereinbarung gleitender Arbeitszeit empfiehlt sich eine genaue Regelung der üblichen freien Stunden und Tage, damit allfällige Auseinandersetzungen über die Anrechnung als Arbeitszeit vermieden werden können. Grundsätzlich wäre wohl sonst der Anspruch auf die üblichen Stunden nur während der Blockzeit gegeben, während für übliche Tage die durchschnittliche tägliche Arbeitszeit angerechnet werden müsste. Dies jedoch immer unter Vorbehalt abweichender persönlicher oder betrieblicher Uebung. 66

4. Abgrenzung zur Verhinderung an der Arbeitsleistung (Art. 324 a OR)

Weder die Literatur noch die Gesamtarbeitsverträge ziehen eine klare Grenze zwischen dem Anspruch auf die übliche Freizeit und der Verhinderung an der Arbeitsleistung. Die Abgrenzung ist jedoch wichtig, da nur bei der Arbeitsverhinderung einerseits ein gesetzlicher Lohnanspruch besteht und anderseits die Fälligkeit unabhängig von der Einräumung durch den Arbeitgeber eintritt.

Unter Verhinderungsgründen, welche die Arbeitspflicht aufheben, versteht Art. 324 a OR Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes. Neben der Unmöglichkeit wegen Krankheit und Unfall wird der Anwendungsbereich also auf andere Tatbestände ausgedehnt, welche die Arbeit an sich nicht unmöglich, jedoch wegen einer übergeordneten Pflicht unzumutbar machen. Der Entwurf des Bundesrates bezeichnete als andere Gründe öffentliche Dienstleistungen, wie Feuerwehrdienst oder die Erfüllung von Bürgerpflichten als Mitglied einer Behörde, als Geschworener oder Zeuge, Familienereignisse, wie Heirat des Arbeitnehmers, Krankheit und Tod eines nahen Verwandten, auch unbesoldeten obligatorischen Militärdienst wie die jährliche Inspektion sowie bei jugendlichen Arbeitnehmern den Besuch obligatorischer Fortbildungsschulen*. Diese Gründe fanden Eingang in die schweizerische Literatur*. 67 68

Auch die deutsche Lehre geht davon aus, dass höhere Pflichten, wie öffentliche, familiäre oder moralische, die Arbeit unzumutbar machen und einen Verhinderungstatbestand darstellen*. 69

---

66 vgl. Erfahrungen mit der gleitenden Arbeitszeit in fünf unterschiedlichen Grossbetrieben, SAGZ 1970 S. 838, 861, 883, 905, 928 und 1973 S. 869

67 Botschaft 1967 S. 93; 68 vgl. SCHWEINGRUBER N. 3 zu Art. 324 a OR sowie REHBINDER S. 48 f.

69 vgl. NIKISCH S. 503 und HUECK-NIPPERDEY S. 202 f.

Die Grenze ist somit dort zu ziehen, wo eine übergeordnete gesetzliche, moralische, sittliche oder andere dringende Pflicht, die in der Person des Arbeitnehmers liegt, die Arbeitspflicht diskussionslos in den Schatten stellt. Ist die Freistellung für den Arbeitnehmer wohl wichtig, der Grund jedoch nach den vorherrschenden gesellschaftlichen Anschauungen zu wenig zwingend, so besteht höchstens ein Anspruch auf übliche Freizeit.

5. Einzeltatbestände üblicher Freizeit

5.1 Hochzeiten

Die Hochzeit des Arbeitnehmers ist - jedenfalls für die Dauer der Trauung und des festlichen Teils der Feier - ein Fall von Arbeitsverhinderung*. Dennoch wird sie in den Gesamtarbeitsverträgen gewöhnlich mit den üblichen freien Stunden und Tagen geregelt. Die entsprechenden Ansprüche bewegen sich zwischen einem Tag und drei Tagen*. 70 71

Eine wesentlich über die privatrechtlichen Ordnungen hinausgehende Regelung besteht im Personalrecht des Bundes. Neben dem freien Tag für die Trauung wird Beamten in ungekündigtem Dienstverhältnis ein Hochzeitsurlaub von einer Woche gewährt*. 72

Weniger weitgehend sind die Ansprüche des Arbeitnehmers auf Freizeit zur Teilnahme an Hochzeiten in seinem Verwandten- oder engeren Bekanntenkreis. Die bezahlte Freizeit beschränkt sich, wenn überhaupt ein Anspruch eingeräumt wird, auf einen Tag und auf die Hochzeit der Kinder des Arbeitnehmers*. 73

Da Abwesenheiten infolge von Hochzeiten selten vorkommen und zudem oft auf einen Samstag fallen oder nur einen halben Tag dauern, dürfte sich wohl nur in Ausnahmefällen eine Verweigerung der entsprechenden Freizeit rechtfertigen lassen.

5.2 Geburt eines Kindes

Verbreitet ist der Anspruch des Arbeitnehmers auf einen Tag, seltener auf zwei Tage bezahlte Freizeit im Zusammenhang mit der Geburt eines eigenen Kindes*. Einige Gesamtarbeitsverträge verlangen, dass es sich um ein eheliches Kind handeln müsse. Diese Einschränkung sollte in der heutigen Zeit gestrichen werden. 74

---

[70] vgl. Ziffer 4 hievor; [71] 1 Tag: GAV Hoch- & Tiefbau, GAV Schreinergewerbe; 2 Tage: Friedensabkommen Maschinenindustrie, GAV Holzindustrie; 3 Tage: GAV Speisewagengesellschaft: SCHENK (S. 163) bezeichnet 2 Tage als üblich.

[72] C 1 364.1201 ff.

Der Anspruch darf wohl nur ausnahmsweise verweigert werden, da namentlich bei schwierigen Geburten die familienrechtliche Treue- und Beistandspflicht des Vaters über der Arbeitspflicht stehen und so einen Verhinderungsfall begründen kann.

Zum Freistellungsanspruch der Arbeitnehmerin im Zusammenhang mit der Geburt siehe Ziffer 8 hienach.

5.3 Todesfälle

Todesfälle im engsten Kreis der Familie des Arbeitnehmers sind ebenfalls unter die Verhinderungstatbestände zu subsumieren. Die Normierung in den Gesamtarbeitsverträgen im Zusammenhang mit der Absenzenregelung hat auch hier nur den Zweck, die Lohnzahlungspflicht im Sinne von Art. 324 a Abs. 3 OR zu begrenzen*. Die Freistellung bis zur Bestattung ist aus Rücksicht auf die Persönlichkeit des Arbeitnehmers angezeigt und entspricht auch verbreiteter Uebung*. [75] [76]

Die Gesamtarbeitsverträge stufen in der Regel nach der Intensität der Beziehungen zum Verstorbenen ab. Beim Tod des Ehegatten, der Kinder oder der Eltern sind drei bezahlte Freitage* oder deren zwei gebräuchlich. Zum Teil ist der Personenkreis auf Grosseltern, Schwiegereltern und Geschwister ausgedehnt - manchmal unter der Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer mit ihnen in Hausgemeinschaft lebte -, zum Teil reduziert sich der Anspruch beim Tode dieser Personen auf zwei Tage oder einen Tag*. Beim Tode entfernterer Angehöriger, wie Schwager und Schwägerin, Onkel und Tante, ist in einigen Fällen noch ein bezahlter Freitag vorgesehen*. [77] [78] [79]

Zumindest unbezahlte Freizeit wird gewöhnlich auch für die Teilnahme an der Bestattung eines Freundes oder Bekannten eingeräumt*. Zweckmässig erscheint die Regelung im Personalrecht des Bundes, wo für Trauerfeiern von Arbeitskollegen oder Personen, die dem Beamten nahe standen, oder wenn die Teilnahme aus andern Gründen schicklich ist, bis zu einem halben Tag Freizeit bezogen werden kann*. [80] [81]

---

[73] z. B. Friedensabkommen Maschinenindustrie sowie GAV Speisewagengesellschaft; im Personalrecht des Bundes 1 Tag für Hochzeiten der Kinder, Eltern oder Geschwister des Beamten (C 1 364.1206).

[74] z. B. ein Tag: Friedensabkommen Maschinenindustrie, GAV Hoch- & Tiefbau, GAV Holzindustrie, GAV Spenglergewerbe usw.; ein Tag oder zwei halbe Tage: C 1 364.1200; 2 Tage: GAV Speisewagengesellschaft.

[75] vgl. Ziff. 4 hievor; [76] vgl. SCHENK 163; [77] z. B. GAV Speisewagengesellschaft, GAV Holzindustrie; bis zu drei: Friedensabkommen Maschinenindustrie, GAV Spengler- und Installateurgewerbe, C 1 364.1208.

[78] vgl. z. B. GAV Holzindustrie: Schwiegereltern und Geschwister 2 Tage, weitere Mitglieder der Familie 1 Tag.

[79] z. B. GAV Speisewagengesellschaft; [80] vgl. SCHENK S. 163: höchstens ein Tag.

[81] C 1 364.1211.

Der Arbeitnehmer kann in der Regel zur Erledigung der Belange, die mit einem Todesfall im Zusammenhang stehen, keine zusätzliche Freizeit beanspruchen. Dagegen können die Bundesbeamten in solchen Fällen für die benötigte Zeit, höchstens jedoch für zwei Tage, zusätzlichen Urlaub verlangen*. 82

5.4 Andere familiäre oder gesellschaftliche Verpflichtungen

Neben Hochzeiten, Geburten und Todesfällen kann auch Krankheit naher Bekannter oder Angehöriger einen Freistellungsgrund bilden. So ist es etwa üblich, dass der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit für solche ihm nahestehende kranke Personen dringende Besorgungen erledigen oder ihnen einen kurzen Besuch abstatten darf*. 83
Sofern die persönlichen Beziehungen des Arbeitnehmers zur erkrankten Person sehr eng sind, liegt möglicherweise sogar ein Verhinderungsgrund vor*. 84

Ob für reine Familienfeste Freizeit verlangt werden kann, ist schon fragwürdiger. Auch hier werden die Wichtigkeit des Anlasses, die Umstände des Einzelfalles sowie Art und Dauer des Arbeitsvertrages den Ausschlag geben*. 85

Unbekannt ist dem schweizerischen Recht ein Freizeitanspruch weiblicher Arbeitnehmer, die einen Haushalt führen, zur Besorgung von Hausarbeiten. Anders der deutsche Hausarbeitstag mit einem bezahlten Urlaub für Haushaltarbeiten von wöchentlich bis vier Stunden und monatlich ein bis zwei Tagen*. Nach Arbeitsgesetz muss einzig bei 86
der Festsetzung der ordentlichen Arbeitszeit auf solche Arbeitnehmerinnen Rücksicht genommen werden*. 87

5.5 Persönliche Besorgungen

Gewissen persönlichen Angelegenheiten kann der Arbeitnehmer nur während der ordentlichen Arbeitszeit nachkommen. Er muss den eingeschränkten Oeffnungszeiten von Amtsstellen und Dienstleistungsbetrieben, wie Banken und Versicherungsgesellschaften, sowie den begrenzten Sprechstunden von Aerzten, Zahnärzten, Anwälten usw. Rechnung tragen. Soweit ein Aufsuchen dieser Betriebe oder Personen nicht in der ordentlichen Freizeit möglich ist, kann der Arbeitnehmer nach herrschender Uebung ausserordentliche Freizeit verlangen, wobei hauptsächlich die Randstunden zu verwenden sind*. Ungenügende 88
Gründe stellen in der Regel Einkäufe und Besorgungen allgemeiner Art oder etwa der Gang zum Coiffeur dar.

---

[82] C 1 364.1210; [83] vgl. OSER-SCHOENENBERGER N. 2 und BECKER N. 2 zu Art. 341 OR, SCHWEINGRUBER S. 162, STREIFF S. 81, SCHENK S. 163

[84] vgl. Ziff. 4 hievor; [85] vgl. OSER-SCHOENENBERGER N. 2 zu Art. 341 OR, STREIFF S. 81

[86] vgl. NIKISCH S. 463 ff.; [87] Art. 36 ArbG

Die Gesamtarbeitsverträge üben in bezug auf persönliche Besorgungen Zurückhaltung. Ausdrückliche Ansprüche sind selten, was jedoch nur die Lohnzahlungspflicht ausschliesst.

5.6 Wohnungswechsel

Ueblicherweise wird dem Arbeitnehmer auch für einen durch das Arbeitsverhältnis bedingten Wohnungswechsel Freizeit zugestanden. Gewöhnlich handelt es sich um einen freien Tag*. Das Personalrecht des Bundes räumt bis drei Tage für die Wohnungssuche beim Wechsel des Dienstortes ein*. 89 90

5.7 Gewerkschaftliche Tätigkeit

In neuerer Zeit hat sich in verschiedenen Branchen ein Anspruch auf Freizeit für Mitglieder von Gewerkschaftsorganen zur Erledigung von Verbandsangelegenheiten durchgesetzt. Der Anspruch ist meistens nach der Wichtigkeit der Stellung des Mitglieds innerhalb der Gewerkschaft abgestuft*. Recht weit geht der Anspruch auf bezahlten Urlaub für gewerkschaftliche Belange beim Bundespersonal: Zentralpräsidenten grösserer Verbände können jährlich bis 30, solche kleinerer Verbände bis 20 Tage, die übrigen Mitglieder von Geschäftsleitung oder Zentralverwaltung 15 bzw. 12 und Sektionspräsidenten sowie übrige Funktionäre bis 8 Tage Urlaub beziehen*. 91 92

---

[88] vgl. C 1 364.3200: Bezahlter Urlaub zum Aufsuchen eines Arztes oder Zahnarztes wird dem Beamten nur zugestanden, wenn diese Personen ausserhalb der Arbeitszeit nicht erreicht werden können. Die Konsultationen sind, wenn möglich, auf Randstunden zu verlegen. Für Behördenvorsprachen wird der benötigte Urlaub gewährt, bezahlt jedoch nur, sofern es sich nicht um rein persönliche Interessen handelt (C 1 364.1401).

[89] vgl. SCHENK S. 163, Friedensabkommen Maschinenindustrie (bis 1 Tag), GAV Speisewagengesellschaft (1 Tag bei Zimmer-, 2 Tage bei Wohnungswechsel).

[90] C 1 364.1300 ff.; [91] vgl. z. B. GAV Speisewagengesellschaft: für Mitglieder der Unterverbands- oder Zentralbehörden bis 7 Tage, für Mitglieder der Sektionsvorstände bis 5 Tage bezahlte Freizeit pro Jahr.

[92] vgl. nebst weiteren Vergünstigungen C 1 364.1800 ff.

5.8 Mitglieder von Betriebskommissionen

In ähnlicher Weise können in einigen Branchen die Mitglieder von Betriebskommissionen zur Erledigung dringender Angelegenheiten im Zusammenhang mit ihrem Mandat der Arbeit fernbleiben, wobei die ausfallende Zeit als Arbeitszeit gilt. Ausserdem wird verschiedentlich zur Schulung dieser Mitglieder in ihrem Tätigkeitsgebiet ein bezahlter Bildungsurlaub von einzelnen Tagen gewährt*. 93

5.9 Oeffentliche Veranstaltungen, Festanlässe und dergleichen

Das Personalrecht des Bundes sieht weitgehende Ansprüche auf bezahlten Urlaub für verschiedene Veranstaltungen und Anlässe vor. Begünstigt sind Leiter oder Teilnehmer an Kursen für "Jugend und Sport" sowie Spitzensport, Teilnehmer bestimmter Sportveranstaltungen, Teilnehmer und Organisatoren freiwilliger militärischer Veranstaltungen nebst Organisatoren, Funktionären und Kampfrichtern eidgenössischer Festanlässe*. Die grosszügige Regelung des Bundes 94
erklärt sich hauptsächlich mit dem Interesse des Bundes für diese Veranstaltungen. Die Verhältnisse sind deshalb nicht mit denjenigen der Privatwirtschaft vergleichbar. Hier wird im allgemeinen derartige Freizeit nicht üblich sein. Die Achtung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers kann aber - beispielsweise bei leidenschaftlichen Wettkämpfern - die Gewährung entsprechender Freizeit gebieten.

6. Freizeit zum Aufsuchen einer neuen Stelle

Das Obligationenrecht verpflichtet den Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung die für das Aufsuchen einer anderen Arbeitsstelle erforderliche Zeit zu gewähren*. Diese Pflicht des Arbeitge- 95
bers besteht nach jeder Art von Kündigung und unabhängig davon, welche Partei kündigte. Sie ist auch nicht beschränkt auf Arbeitsverhältnisse mit bestimmter Mindestdauer. Keine Stütze im Wortlaut des Gesetzes findet die Auffassung, dass nach dem Zweck der Vorschrift auch bei Endigung durch Zeitablauf von Verträgen auf bestimmte Dauer Freizeit zur Stellensuche gewährt werden müsse. Wie bei vertraglicher Aufhebung des Arbeitsverhältnisses muss auch hier durch Auslegung ermittelt werden, ob der Anspruch besteht*. 96

---

93 vgl. z. B. Verabredung vom 19. Juli 1974 zwischen den Parteien des Friedensabkommens in der Maschinen- und Metallindustrie über die Mitwirkung der Arbeitnehmer im Betrieb, III Ziff. 5 Abs. 1 und Ziff. 8: Pro Mitglied 10 Tage Bildungsurlaub in einer Periode von vier Jahren, für maximal 15 Mitglieder oder deren Stellvertreter. Vgl. auch C 1 364.2100 sowie zum Bildungsurlaub Ziff. 10 hienach.

94 vgl. C 1 364.1600 ff. und 1900 ff.; 95 Art. 329 Abs. 3 OR, früher Art. 341 Abs. 2 OR

Quantitativ schreibt das Gesetz nur die "erforderliche" Zeit vor. Berücksichtigt werden müssen besonders die Umstände des Arbeitsverhältnisses, die Wirtschaftslage und die Situation auf dem Arbeitsmarkt. Die Gerichtspraxis hat den Umfang der freien Zeit auf einige Stunden pro Woche konkretisiert*. 97

Der Anspruch des Obligationenrechts ist dispositiv. Eine Wegbedingung muss klar gewollt sein. Wenn in Gesamtarbeitsverträgen der Anspruch selten gefunden werden kann, so betrifft dies in erster Linie nur die Lohnzahlungspflicht. Subsidiär gilt immer noch das Obligationenrecht. Nur bei Ordnungen, die in sich völlig geschlossen sind, muss auch der Anspruch auf unbezahlte Freizeit als wegbedungen erachtet werden. Die Verweigerung unbezahlter Freizeit für die Stellensuche dürfte aber sehr bald als schikanös erscheinen und somit keinen Rechtsschutz verdienen*. 98

7. Freizeit für den beruflichen Unterricht und den Lehrabschluss

Lehrlingen ist die zum Besuch des beruflichen Unterrichts und zur Teilnahme an den Lehrabschlussprüfungen erforderliche Zeit ohne Lohnabzug freizugeben*. Der Lehrmeister hat vom Beginn der Probezeit an den Lehrling zum regelmässigen Besuch des Unterrichts nach dem für seinen Beruf geltenden Lehrplan anzuhalten. Er muss den Lehrling auch zur Prüfung anmelden*. 99 100

Mitunter wird bezahlte Freizeit auch für höhere Prüfungen wie Fach- oder Meisterprüfungen gewährt*. Ohne Vereinbarung kann sich ein solcher Anspruch auch über die üblichen freien Stunden und Tage ergeben. 101

---

96 vgl. BECKER N. 9 und OSER-SCHOENENBERGER N. 10 zu Art. 341 OR, SOERGEL-SIEBERT N. 2 zu § 629 BGB.

97 vgl. Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 7. November 1963, ARV 1966 S. 46. SCHWEINGRUBER (S. 163) nennt als Beispiel einen Halbtag oder zweimal zwei Stunden pro Woche, um sich bei einem anderen Arbeitgeber vorzustellen.

98 vgl. SCHWEINGRUBER S. 164

99 Art. 345 a Abs. 2 OR. Die Vorschrift ist relativ zwingend (Art. 362 OR).

100 BG über die Berufsbildung vom 20. September 1963 (SS 412.10) Art. 22 und 29, wo ebenfalls die Pflicht zur Gewährung der nötigen Freizeit festgelegt wird.

101 z.B. Art. 66 GAV Gastgewerbe: für höhere Fachprüfungen und Berufsprüfungen bis 6 Tage bezahlten Urlaubs.

8. Ausserordentliche Freizeit für Schwangere und Wöchnerinnen

Das Arbeitsgesetz gewährt aus Ueberlegungen des Gesundheitsschutzes Schwangeren und Wöchnerinnen besondere Freizeitansprüche. Schwangere dürfen auf blosse, formlose Anzeige hin von der Arbeit fernbleiben oder diese verlassen. Wöchnerinnen dürfen grundsätzlich während acht Wochen nach der Niederkunft nicht beschäftigt werden. Stillende Mütter dürfen auch nach Ablauf dieser Schonfrist nur mit ihrem Einverständnis zur Arbeit herangezogen werden, wobei ihnen zum Stillen die erforderliche Zeit freizugeben ist*. 102

Diese Ansprüche sind über den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes hinaus üblich, so dass auch Art. 329 Abs. 3 OR als Grundlage herangezogen werden kann.

Noch unbekannt ist dem schweizerischen Recht die Möglichkeit eines mehrmonatigen Urlaubs für weibliche Arbeitnehmer nach der Geburt eines Kindes. Gerade die ersten Lebensmonate sind nach neueren Erkenntnissen für die Entwicklung des Kindes von entscheidender Bedeutung. Die Mutter sollte sich in diesen Monaten voll und ganz dem Kind widmen können*. 103

9. Gottesdienstbesuch bei Arbeit an Sonn- und Feiertagen

Für Arbeitnehmer, die an Sonn- oder Feiertagen arbeiten müssen, besteht etwa die Uebung, dass ihnen die zum Besuch des Gottesdienstes notwendige Zeit eingeräumt wird*. 104

Nach Arbeitsgesetz ist bei Sonntagsarbeit den Arbeitnehmern auf ihren Wunsch für den Besuch des Gottesdienstes die erforderliche Zeit nach Möglichkeit freizugeben*. Zwingende betriebliche Gründe, namentlich Störungen des Arbeitsablaufes, können der Freigabe entgegenstehen. Die Rechtfertigung der Ablehnung des Wunsches liegt im Einverständnis des Arbeitnehmers mit der Sonntagsarbeit, das bei vorübergehender Sonntagsarbeit ausdrücklich gegeben werden muss und bei dauernder bereits im Vertragsschluss enthalten ist. Der Arbeitnehmer muss seinen Wunsch frühzeitig vorbringen*. 105 106

Die arbeitsgesetzliche Vorschrift über den Gottesdienstbesuch gilt nicht für konfessionelle Feiertage, da diese bundesrechtlich Werktage sind. Wenn der Arbeitnehmer an solchen Tagen aber schlechthin aussetzen kann, so kann er es nach dem Grundsatz a maiore minus auch für die Zeit des Gottesdienstes*. 107

---

102 Art. 35 ArbG; 103 Schweden soll wahlweise für Vater oder Mutter einen derartigen mehrmonatigen und weitgehend bezahlten Urlaub kennen.
104 vgl. GOLDSCHMIDT SJZ 1939/40 S. 55, BECKER N. 1 zu Art. 341 OR, SCHENK S. 163
105 Art. 19 Abs. 3 ArbG; 106 vgl. HUG N. 13 f. und BIGLER N. 4 zu Art. 19 ArbG; 107 vgl. Art. 18 Abs. 3 ArbG sowie III Ziff. 5 a hievor.

10. Bildungsurlaub

Vom Ausland her sind Ansätze des Instituts Bildungsurlaub in die Schweiz gelangt. Der allgemeine Bildungsurlaub soll die ständig wachsende Kluft zwischen Wissenschaft und gewöhnlicher Schulbildung überbrücken helfen, ohne dass dazu die der Erholung dienende ordentliche Freizeit verwendet werden muss. Der Deutsche Gewerkschaftsbund formulierte unter Verweis auf Resolutionen internationaler Organisationen* folgende Grundsätze des Bildungsurlaubs*: 108/109

- Rechtsanspruch für jeden Arbeitnehmer auf Bildungsurlaub
- Bindung des Bildungsurlaubs an eine Bildungsveranstaltung
- Fortzahlung des Arbeitslohns
- Nichtantastung des Arbeitsverhältnisses

In Frankreich und Belgien wurde der Anspruch für einen beschränkten Personenkreis modifiziert*. In Deutschland garantiert der Stadtstaat Hamburg als erstes Bundesland jedem Arbeitnehmer alle zwei Jahre einen bezahlten Urlaub von 14 Tagen zur politischen und beruflichen Weiterbildung*. Einen sehr weitgehenden Anspruch enthält ein Gesamtarbeitsvertrag für Arbeitnehmer des Handels und der Industrie in Frankreich, indem unter Wahrung aller Rechte aus dem Arbeitsverhältnis und ohne Verlust des Arbeitsplatzes ein voll bezahlter Urlaub für Berufsschulung und berufliche Fortbildung bis zu einem Jahr bezogen werden kann*. 110 111 112

Der Schweizerische Gewerkschaftsbund postulierte im Hinblick auf die Revision des Arbeitsvertragsrechts einen bezahlten Bildungsurlaub von mindestens einer Woche zum Besuch von gewerkschaftlichen Schulungskursen, beruflichen Fort- und Weiterbildungskursen sowie allgemeinbildenden Kursen*. Zudem war der Bildungsurlaub für gewerkschaftliche und soziale Führungskräfte Gegenstand einer Standesinitiative Genfs. Eine Minderheit der Kommission, die sich mit der Initiative zu befassen hatte, beantragte dem Nationalrat einen Bildungsurlaub im Sinne des Gewerkschaftsbundes*. Doch setzte sich die vom BIGA unterstützte Auffassung durch, dass der Bildungsurlaub wegen 113 114

---

[108] Europäische Erwachsenenbildungskonferenz der UNESCO 1962 in Hamburg, 13. UNESCO-Generalkonferenz 1964 in Paris und 49. Internationale Arbeitskonferenz 1965 in Genf.

[109] vgl. GewRS 1967, Bildungsarbeit S. 49 ff.; [110] vgl. Amtl. Bull. NR 1969, 785)

[111] vgl. GewRS 1974, Bildungsarbeit S. 57; [112] vgl. JOSEF HERMANN, Neue Formen der beruflichen Erwachsenenbildung in Frankreich, (GewRS 1974, S. 314).

[113] vgl. GewRS 1969 S. 317; [114] vgl. Amtl. Bull. NR 1969, 775 und 779 ff. Der Minderheitsantrag unterlag in der Abstimmung im Nationalrat mit 78 : 45 Stimmen.

der zu verschiedenen Branchenverhältnisse der Regelung durch Gesamt- und Einzelarbeitsverträge* zu überlassen sei. [115]

---

[115] vgl. z. B. Art. 66 GAV Gastgewerbe: 1 Tag Urlaub pro Jahr zur beruflichen Weiterbildung. Die Kurse müssen von den Vertragsverbänden durchgeführt oder von der Aufsichtskommission anerkannt werden. Siehe auch Ziff. 5.7 und 5.8 sowie Ziff. 7 hievor.

B. Inhalt des Freizeitanspruchs

I. Keine Arbeitspflicht

1. Freizeit in natura

Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich darauf Anspruch, dass ihm die Freizeit tatsächlich als solche gewährt wird und nicht in Form einer Ersatzleistung. Ausdrücklich verboten ist nach Arbeitsgesetz* die Abgeltung der ordentlichen Ruhezeit während der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Abgeltung nicht bezogener Ruhezeit bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist zulässig. Hat der Arbeitnehmer die Beendigung verschuldet, so verliert er den Entschädigungsanspruch nicht. Der Arbeitgeber kann aber unter Umständen Schadenersatzforderungen zur Verrechnung bringen*. Der Arbeitnehmer darf also in der Regel während der Freizeit nicht zur Arbeit herangezogen werden. In diesem Sinne ist der Freizeitanspruch ein Unterlassungsanspruch. Dieser kann vom Arbeitnehmer durch Verweigerung der Arbeitsleistung durchgesetzt werden*. 1 2 3

Während der Freizeit ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, die Weisungen des Arbeitgebers zu befolgen. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers beschränkt sich auf Anordnungen über Ausführung der Arbeit und Verhalten im Betrieb oder Haushalt. Es besteht sodann nur, soweit die Arbeitspflicht reicht. Durch das Direktionsrecht kann der Arbeitgeber einzig die Arbeitspflicht konkretisieren, nicht aber auf das Verhalten des Arbeitnehmers ausserhalb von Betrieb oder Haushalt Einfluss nehmen. Anordnungen des Arbeitgebers, die den Freizeitbereich des Arbeitnehmers einschränken, müssen somit vom Arbeitnehmer nicht befolgt werden*. Hingegen wirken gewisse Nebenpflichten des Arbeitsverhältnisses wie das Schwarzarbeitsverbot oder die Geheimhaltungspflicht in die Freizeit hinein. 4

2. Pflicht zur Leistung von Ueberstundenarbeit

2.1 Relativierung der Freizeitgarantie

Der Grundsatz, dass der Arbeitnehmer während der Freizeit nicht zur Arbeit zugezogen werden kann, wird durch die Treupflicht* rela- 5

---

[1] Art. 22 ArbG; [2] Art. 337 b und d OR, vgl. auch HUG N. 4 f. zu Art. 22 ArbG; [3] vgl. NIKISCH S. 262 f.

tiviert. Dringende Interessen des Arbeitgebers können dem Arbeitnehmer gebieten, zugunsten der Arbeit auf einen Teil seiner Freizeit zu verzichten. Der Beizug zur Arbeit ist aber auch während der Freizeit nur innerhalb der öffentlich-rechtlichen Schranken erlaubt. Diese garantieren die Freizeit absolut. Als Sondertatbestand der Treupflicht steht die Pflicht des Arbeitnehmers zur Leistung von Ueberstundenarbeit im Vordergrund*. 6

2.2 Voraussetzungen der Ueberstundenarbeit

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, in seiner ordentlichen Freizeit Ueberstundenarbeit zu leisten, wenn solche notwendig ist, wenn er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Grundsätzlich gilt diese Pflicht auch für den Teilzeitarbeitnehmer*. Sie ist im übrigen absolut zwingend, kann also nicht 7
zugunsten des Arbeitnehmers wegbedungen oder von anderen Voraussetzungen abhängig gemacht werden*. Sofern die Ueberstundenarbeit 8
im Bereiche des Arbeitsgesetzes die ordentliche wöchentliche Höchstarbeitszeit übersteigt, ist sie als Ueberzeit unter Umständen bewilligungspflichtig*. Die Behörden erteilen in der Praxis die Bewilligungen 9
unter Vorbehalt gesamtarbeitsvertraglicher Höchstarbeitszeiten*. 10
Insoweit wird praktisch ein gesamtarbeitsvertragliches Verbot von Ueberstundenarbeit trotz der unabänderlichen obligationenrechtlichen Pflicht möglich.

Notwendig ist die Ueberstundenarbeit in der Regel aus betrieblichen Gründen, wie unvorhergesehenen Personallücken, Inventur, Saisongeschäften, überdurchschnittlichen Auftragseingängen mit festen Erfüllungsfristen, usw.*. Das Obligationenrecht stellt nicht darauf ab, 11
ob der Arbeitgeber die Ueberstundenarbeit anordnete oder nicht. Auch ohne Anordnung durch den Arbeitgeber muss der Arbeitnehmer unter Umständen aus eigener Initiative die zusätzlichen Arbeiten ausführen, wenn diese zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers notwenig erscheinen. Kann sich der Arbeitnehmer in solchen Fällen nicht mehr mit dem Arbeitgeber in Verbindung setzen, muss er selbst ohne Wissen und Willen des Arbeitgebers die Ueberstundenarbeit leisten, den Arbeitgeber aber sobald als möglich verständigen. Ueber längere

---

[4] vgl. Botschaft 1967 S. 69 f., NIKISCH S. 258 ff., HUECK-NIPPERDEY S. 188, OSER-SCHOENENBERGER N. 14 zu Art. 319 OR.

[5] Art. 321 a Abs. 1 OR; [6] Art. 321 c OR; [7] vgl. STREIFF S. 37

[8] vgl. Art. 361 OR. Unkorrekt sind daher Formulierungen in GAV, die als Ueberstundenarbeit jede Ueberschreitung der Normalarbeitszeit um mehr als beispielsweise eine Viertelstunde bezeichnen. Solche Normen haben nur im Sinne von Art. 321 c Abs. 3 OR eine Berechtigung (vgl. GAV Spengler- und Installationsgewerbe).

[9] vgl. A I 5 f hievor; [10] vgl. SCHWEINGRUBER S. 64; [11] vgl. SCHWEINGRUBER S. 62

Zeiten kann sich die Ueberstundenarbeit jedoch nur hinziehen, wenn der Arbeitgeber damit einverstanden ist. Seine Zustimmung kann in schlüssigem Verhalten liegen, beispielsweise im Wissen um die Ueberstunden ohne entsprechenden Einspruch*. Um Missbräuchen 12
durch den Arbeitnehmer vorzubeugen, kann jedoch durch schriftliche Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag festgelegt werden, dass nur die vom Arbeitgeber angeordnete Ueberstundenarbeit bezahlt oder durch Freizeit ausgeglichen wird*. 13

Der Arbeitnehmer vermag die Ueberstundenarbeit dann nicht zu leisten, wenn er sie mit seinen Kräften oder aus gesundheitlichen Gründen nicht bewältigen kann*. Zu denken ist an ältere, invalide oder kränkliche 14
Arbeitnehmer und an Schwangere*. 15

Die Ueberstundenarbeit kann dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben namentlich dann zugemutet werden, wenn sie periodisch notwendig und somit voraussehbar ist, wie etwa bei saisonbedingter zusätzlicher Arbeit, beim Weihnachtsgeschäft, bei Inventarisierung und dergleichen*. 16
Als unzumutbar erscheint sie dagegen, wenn der Arbeitgeber durch andere Arbeitseinteilung oder durch Beizug von Hilfskräften darauf verzichten könnte oder wenn gesundheitliche, familiäre oder andere persönliche Gründe - etwa unzureichende Verbindungen der öffentlichen Verkehrsmittel nach verspätetem Arbeitsschluss - dagegen sprechen*. 17
Unzumutbar kann auch Art und Umfang der Ueberstundenarbeit sein. So wurde beispielsweise einem Magaziner nicht zugemutet, nach achtstündigem Arbeitstag weitere vier bis sechs Stunden Putzarbeiten zu leisten, zumal noch unsicher war, ob er am Samstag freimachen konnte*. 18

Ueberstundenarbeit, die in Missachtung öffentlichen Rechts oder privatrechtlicher Voraussetzungen angeordnet worden ist, kann vom Arbeitnehmer verweigert werden*. Unberechtigte Verweigerung ist 19
dagegen Vertragsverletzung.

---

[12] vgl. BGE 86 II 156, Botschaft 1967 S. 65, REHBINDER S. 29

[13] vgl. Urteile des Gewerbegerichts der Stadt Bern vom 24. November 1970 (Nr. 347) und der Rekurskommission des Kantonsgerichts St. Gallen vom 7. November 1961 (GewRS 1962 S. 33 ff.).

[14] vgl. Botschaft 1967 S. 65; [15] soweit nicht bereits Art. 35 Abs. 1 ArbG die Beschäftigung in der ordentlichen Freizeit verbietet.

[16] vgl. Botschaft 1967 S. 65; [17] vgl. Botschaft 1967 S. 65, SCHWEINGRUBER S. 62, REHBINDER S. 30.

[18] vgl. Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichtes Baselstadt vom 9. Februar 1948 (GewRS 1951, Gesetz und Recht S. 7).

[19] vgl. STREIFF S. 36

2.3 Abgeltung durch Freizeit oder erhöhten Lohn

Ueberstundenarbeit stellt einen Eingriff in die ordentliche Freizeit des Arbeitnehmers dar. Das Gesetz räumt ihm deshalb einen Anspruch auf Entschädigung ein, der einerseits für den Arbeitgeber Ueberstundenarbeit unattraktiv machen und anderseits dem Arbeitnehmer einen Ersatz bieten soll. Zu bezahlen ist der Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens 25 %. Monatslohn muss zuerst in Stundenlohn umgerechnet werden. Sofern im Einzelfall keine Normen bestehen, werden am einfachsten die durchschnittlichen Monatsarbeitsstunden berechnet. Ausgehend von der wöchentlichen Normalarbeitszeit geschieht dies üblicherweise durch Multiplikation mit dem Faktor 4 1/3 (z.B. bei 45-Stunden-Woche 195 Stunden im Monat). Der Faktor beträgt genauer:

$$\frac{\text{Wochenstunden}}{\text{Monatsstunden}} = \frac{\text{Wochen pro Jahr}}{\text{Monate pro Jahr}} = \frac{365,25}{7.12} = 4,348.$$

Anstelle der Entschädigung kann im Einverständnis des Arbeitnehmers ein Ausgleich durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer vorgenommen werden. Das Erfordernis des Einverständnisses lässt dem Arbeitnehmer die Wahl zwischen Freizeit und Entschädigung*. Je nach Beschäftigungslage dürfte der Arbeitgeber auf Freizeit oder Vergütung drängen. Freizeitabgeltung im Verhältnis 1:1 wird von den Arbeitnehmern gegenüber der günstigeren Vergütung oft als unbillig empfunden. Die Vorschrift ist nur dispositiv, so dass einerseits die Vereinbarung möglich ist, dass für jede Ueberstunde fünf Viertelstunden Freizeit zu gewähren sind, anderseits aber auch der Freizeitausgleich ausgeschlossen werden kann*. Eine ausdrückliche Frist für die Vornahme des Freizeitausgleichs besteht nur für die arbeitsgesetzliche Ueberzeit. Der Ausgleich muss danach innerhalb acht Wochen erfolgen. Dieser Zeitraum dürfte über den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes hinaus allgemein für den Ausgleich von Ueberstunden angemessen sein*. 20 21 22

2.4 Abweichende schriftliche, normal- oder gesamtarbeitsvertragliche Abreden

Der obligationenrechtliche Anspruch des Arbeitnehmers ist insofern zwingend, als nur durch schriftliche Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag davon abgewichen werden kann*. Unabdingbar ist dagegen der öffentlich-rechtliche Entschädigungsanspruch für Ueberzeit gemäss Arbeitsgesetz*. 23 24

---

20 vgl. Botschaft 1967 S. 65, SCHWEINGRUBER S. 65 f., STREIFF S. 36

21 vgl. BIGLER N. 4 zu Art. 13 ArbG, SCHWEINGRUBER S. 66

22 vgl. Botschaft 1967 S. 65 sowie REHBINDER S. 30

23 Art. 321 c Abs. 3 und 361 OR. Die Einordnung unter die absolut zwingenden Vorschriften ist fragwürdig; vgl. SCHWEINGRUBER S. 64 f. sowie STREIFF S. 38

In verschiedenen Branchen - besonders bei periodischer, voraussehbarer Mehrarbeit - bestand die Uebung, dass der Arbeitnehmer zu gewissen Zeiten Ueberstundenarbeit zu leisten hatte, wobei die Entschädigung im Monatslohn inbegriffen war. Solche Regelungen können zweckmässig sein, bergen aber die Gefahr einer Verwässerung des Ueberstundenschutzes in sich. Das revidierte Obligationenrecht lässt sie deshalb nur noch aufgrund von schriftlicher Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag* zu. Folge der zwingenden Vorschrift ist auch die Unverzichtbarkeit des Vergütungsanspruchs*. 25 26

---

[24] vgl. Art. 13 ArbG: Lohnzuschlag von mindestens 25 % für Ueberzeitarbeit. Büropersonal, technische und andere Angestellte sowie Verkaufspersonal in Grossbetrieben des Detailhandels können zuschlagsfrei zu 60 Stunden Ueberzeit herangezogen werden. Zu beachten ist aber, dass ohne Wegbedingung in Schriftform oder durch GAV/NAV der Zuschlag nach OR zu bezahlen ist. In diesem Sinne unrichtig REHBINDER S. 30.

[25] vgl. Bbl 1960 II 972, Botschaft 1967 S. 66, SCHWEINGRUBER. Das neue Arbeitsvertragsrecht (GewRS 1972 S. 35), BIGLER N. 2 zu Art. 13 ArbG, REHBINDER S. 30. Die Schriftform war Gegenstand heftiger Debatte im Nationalrat, vgl. Amtl. Bull. NR 1969 S. 438 ff. und 1970 S. 716 f.

[26] vgl. Art. 341 Abs. 1 OR

II. Freizeit und Lohnzahlung

1. Ordentliche Freizeit

Lohn wird als Gegenleistung des Arbeitgebers für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers grundsätzlich nur für die Arbeitszeit geschuldet. Während der ordentlichen täglichen und wöchentlichen Freizeit erwächst dem Arbeitnehmer kein Lohnanspruch. Auch wo der Lohn nicht nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn), sondern wie beim Stunden-, Tag-, Wochen- oder Monatslohn nach Zeitabschnitten bemessen wird, bildet allein die Arbeitszeit Anspruchsgrundlage. Dies zeigt sich besonders, wenn nur Arbeit während eines Teils des Zeitabschnittes geleistet wird, indem eine Lohnkürzung im Verhältnis zur geleisteten Arbeitszeit und nicht zur Tages- oder Kalenderzeit vorgenommen wird*. 27

2. Feiertage

2.1 Keine gesetzliche Lohnzahlungspflicht

Das Bundesrecht enthält keine Norm, die den Arbeitgeber zur Lohnzahlung für die an Feiertagen ausfallende Arbeitszeit verpflichtet. Angestrebt wurde eine bundesrechtliche Lohnzahlungspflicht für Feiertage durch ein nationalrätliches Postulat aus dem Jahre 1946, durch eine Standesinitiative Genfs 1949 und in verschiedenen Vernehmlassungen zum Vorentwurf des Arbeitsgesetzes im Jahre 1950. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Lohnzahlungspflicht wurde dann erst im Zusammenhang mit der Revision des Obligationenrechts näher geprüft. Sie wurde ausdrücklich verneint, da die einzel-, normal- und gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen genügten*. Das Schweigen des Bundesgesetzgebers ist somit ein qualifiziertes, so dass weder ins Arbeitsgesetz noch ins Obligationenrecht eine Lohnzahlungspflicht für Feiertag hineininterpretiert werden kann. Demgegenüber kennt beispielsweise Deutschland eine gesetzliche Lohnzahlungspflicht*. 28 29

Die Kantone können die Lohnzahlungspflicht nicht gestützt auf öffentliches Recht festlegen. Nach herrschender Meinung ist die Frage der Lohnzahlung eine solche des in die Kompetenz des Bundes fallenden Zivilrechts*. Der öffentlich-rechtliche Feiertagszweck* kann auch ohne Vergütung des Lohnausfalls erreicht werden, anders als etwa der Ferienzweck*. In diesem Sinne kassierte das Bundesgericht ein 30/31 32

---

27 vgl. Umrechnung von Monatslohn in Stundenlohn I 2. 3 hievor.

28 vgl. Amtl. Bull. StR 1963, S. 48, Botschaft 1967 S. 13 f. und 109 f.

29 Bundesgesetz zur Regelung der Lohnzahlung an Feiertagen vom 2. August 1951. Zu den Feiertagsverhältnissen in Deutschland vgl. NIKISCH S. 284 ff., HUECK-NIPPERDEY S. 244 ff.

Genfer Gesetz vom 12. Mai 1934, welches zur Erinnerung an die Landung der Eidgenossen im Port Noir den 1. Juni als lohnzahlungspflichtigen Feiertag bestimmen wollte, sowie die Gesetze der Kantone Genf und Zürich aus dem Jahre 1949, welche allgemein die Lohnzahlungspflicht für die auf Arbeitstage fallenden Feiertage festlegen wollten*. Nicht vor Bundesgericht gezogen wurde das Gesetz des 33
Kantons Baselstadt, welches den 26. August 1944 anlässlich des 500. Jahrestages der Schlacht bei St. Jakob an der Birs zum lohnzahlungspflichtigen Feiertag erklärte*. Geschützt wurde vom Bun- 34
desgericht durch Urteil vom 31. März 1939 eigenartigerweise die im Gesetz des Kantons Solothurn vom 3. Juli 1938 festgelegte Lohnzahlungspflicht für den Arbeitsausfall am Nachmittag des 1. August. Das Urteil wurde nicht publiziert*. Diese Tatsache und das Streben 35
nach Förderung patriotischer Gesinnung kurz vor Ausbruch des 2. Weltkrieges legen den Schluss nahe, dass diesem Urteil auch nach Meinung des Bundesgerichts keine allgemeine Bedeutung beizumessen ist. Begründet wurde die Ausnahme mit dem engen Zusammenhang zwischen dem konkreten Feiertagszweck und der Lohnzahlung. Bei Lohnausfall wäre die vaterländische Gesinnung nicht gehoben worden. Auch wenn später das Bundesgericht in einem publizierten Entscheid* etwas missverständlich auf dieses Urteil Bezug genommen 36
hat, darf daraus noch nicht geschlossen werden, es würde weitere kantonale lohnzahlungspflichtige Feiertage sanktionieren.

Mangels besonderer gesetzlicher Vorschrift betreffend Lohnzahlung an Feiertagen muss auf die allgemeine obligationenrechtliche Norm zurückgegriffen werden, wonach der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Lohn zu entrichten hat, der verabredet oder üblich oder durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist*. 37

2.2 Keine Lohnabzüge bei Wochen- und Monatslohn

Bei Wochen- und Monatslohn werden die feiertagsbedingten Arbeitsunterbrüche in der Weise berücksichtigt, dass der für die einzelnen Zeitabschnitte zu bezahlende Lohn bereits zum voraus entsprechend niedriger angesetzt wird. Die Arbeitsausfälle lassen sich anhand des Kalenders vorher berechnen und stellen deshalb bei längeren Zeitabschnitten ordentliche Freizeit dar. Ohne Vorbehalt des Arbeitgebers

---

30 vgl. Art. 64 BV, ARV 1971 S. 4, 1972, S. 1, 1973 S. 6; WUETHRICH, Die Ferien- und Feiertagsregelung (NAEGELI, Arbeitsgesetz, S. 151).

31 vgl. A III 1 hievor; 32 Weitgehend befürwortet dagegen ANDRE GRISEL (Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1951 S. 319) die Möglichkeit einer kantonalen Lohnzahlungspflicht.

33 BGE 61 II 353 ff., 76 I 305 ff. und 321 ff.; 34 vgl. TSCHUDI, Die Zuständigkeit der Kantone zum Erlass arbeitsrechtlicher Vorschriften (GewRS, Gesetz & Recht 1952 S. 1 ff.).

35 vgl. Wiedergabe im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- & Gemeindeverwaltung 1939 S. 237.

beim Vertragsschluss kann der Arbeitnehmer in guten Treuen davon ausgehen, dass bei diesen Lohnsystemen keine Kürzung für feiertagsbedürftige Arbeitsausfälle vorgenommen wird. Solche Abzugsvorbehalte sind nicht üblich*. Natürlich kann trotzdem ausdrücklich festgelegt werden, dass kein Abzug erfolgen darf*. 38 39

Da immer mehr Arbeitnehmer im Monatslohn bezahlt werden, verliert die Frage des Feiertagslohnes an Bedeutung. Nach einer Statistik des BIGA* betrug der Anteil der Arbeitnehmer im Stundenlohn 1964 noch 80 % und 40

		Männer	Frauen	Anteil
1971	Stundenlohn	426'397	148'753	74 %
	Monatslohn	175'462	22'176	
1972	Stundenlohn	311'832	105'609	49 %
	Monatslohn	352'889	82'616	

Starke Verlagerungen zum Monatslohn ergaben sich bis 1972 im grafischen Gewerbe, wo 86,1 % der Arbeitnehmer im Monatslohn beschäftigt wurden, sowie in der Metall- und Maschinenindustrie (77,6 %).

2.3 Stunden-, Tag- oder Akkordlohn

Arbeitnehmer, die im Stunden-, Tag- oder Akkordlohn beschäftigt werden, erhalten entsprechend dem Entlöhnungssystem grundsätzlich für den Arbeitsausfall an Feiertagen keinen Lohn*. Ausdrückliche Verabredungen, wonach eine Feiertagsentschädigung geschuldet wird, dürften selten anzutreffen sein. Dagegen kann ständige Lohnzahlung für Feiertage stillschweigend Vertragsbestandteil werden. Ausservertragliche Uebung bestimmter Feiertagsentschädigungen dürfte schwer nachzuweisen sein. 41

Die meisten Gesamtarbeitsverträge haben sich deshalb dieser benachteiligten Arbeitnehmerkategorie angenommen und einen Entschädigungsanspruch festgelegt*. 42

---

36 BGE 91 I 241 ff.

37 Art. 322 Abs. 1 OR

38 vgl. Botschaft 1967 S. 109 f; SCHWEINGRUBER S. 164; REHBINDER S. 41; Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 26. Januar 1942 (BlZR 1943 Nr. 20 c); ARV 1973 S. 6

39 vgl. z.B. Art. 47 und 49 Friedensabkommen Maschinenindustrie.

40 vgl. Die Volkswirtschaft 1973 S. 554 ff.

41 vgl. Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Baselstadt vom 21. Mai 1970 (BJM 1972 S. 179)

42 Grundsätzlich kein Lohnanspruch, sondern nur ein Anspruch auf zusätzliche Ruhetage besteht dagegen beispielsweise nach Art. 60

3. Ausserordentliche Freizeit

Für die üblichen freien Stunden und Tage besteht ebenfalls keine Lohnzahlungspflicht*. Der Gesetzgeber hat die Parallele zur Arbeitsverhinderung nicht gezogen*. Es gelten daher die gleichen Grundsätze wie beim Feiertagslohn. 43 44

Arbeitnehmer mit Wochen- oder Monatslohn erleiden üblicherweise keine Lohneinbusse*. Die Vereinbarung von Lohnabzug oder Arbeitszeitkompensation ist jedoch ohne weiteres zulässig*. Auch kann der Nachweis gegenteiliger Uebung erbracht werden. 45 46

Arbeitnehmer mit Stunden-, Tag- oder Akkordlohn haben grundsätzlich keinen Anspruch auf Lohnzahlung. Ein solcher muss vereinbart oder üblich sein oder auf Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag beruhen*. Die Gesamtarbeitsverträge haben die bezahlten Absenzen schematisiert*. Auch in den Normalarbeitsverträgen finden sich genau umrissene Ansprüche. So gewährt beispielsweise der Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal bis zu je 3 Tage bezahlten Urlaub für eigene Hochzeit, Niederkunft der Ehegattin, Tod naher Angehöriger, Wohnungswechsel, militärische Inspektion, die Normalarbeitsverträge für das Käsereipersonal und die Privatgärtner enthalten abgestufte Ansprüche für die gleichen Anlässe*. Immer wieder anzutreffen sind in diesen Ordnungen Lohnansprüche bei eigener Hochzeit, Geburt eigener Kinder und Todesfall näherer Angehöriger. Durch regelmässige Gewährung dieser Ansprüche kann in Betrieben und Branchen über den Anwendungsbereich von Normal- und Gesamtarbeitsverträgen hinaus eine allgemeine Uebung auch für die Lohnzahlung entstehen. 47 48 49

Die gleichen Grundsätze wie für die übliche Freizeit finden Anwendung auf die Freizeit zur Stellensuche und zum Besuch des Gottesdienstes. Auch die Abwesenheiten der stillenden Mutter sind im gleichen Sinne zu behandeln, wogegen die durch Schwangerschaft und Niederkunft ausfallenden Arbeitsstunden nach Art. 324 a OR entschädigt werden müssen.

---

43 Art. 341 OR enthielt auch keine Lohnzahlungsvorschrift.

44 Art. 324 a. Vgl. A IV 4. hievor.

45 vgl. OSER-SCHOENENBERGER N. 3 zu Art. 341 OR; GOLDSCHMIDT, SJZ 1939/40 S. 55; SCHWEINGRUBER S. 162 f.; SCHENK S. 68; STREIFF S. 82; REHBINDER S. 41; Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 26. Januar 1942 (BlZR 1943 Nr. 20 c).

46 vgl. aber I 2. 4 hievor.

47 vgl. Art. 322 Abs. 1 OR, Botschaft 1967 S. 109 f., Urteil des Gewerbegerichts Bern vom 22. März 1965 nebst den zitierten Autoren.

4. Bemessung des zu vergütenden Lohnes

Wie für das grundsätzliche Bestehen ist auch für die Höhe des Lohnanspruchs auf Vertrag, Uebung, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag abzustellen. In der Regel werden die ausfallenden Normalarbeitsstunden wie ordentliche Arbeitszeit bezahlt*. Für Feiertage sehen einige Gesamtarbeitsverträge nur eine teilweise Entschädigung des ausfallenden Lohnes* oder feste Taggelder* vor. Möglich ist, ähnlich wie beim Ferienlohn, eine Entschädigung in Form von Bruttolohnprozenten*. Die Entschädigung für Feiertage und Absenzen kann in Form erhöhter Lohnprozente in die Ferienentschädigung eingebaut werden*. Die Entschädigungen können wie Kinderzulagen oder Lohnersatz bei Arbeitsverhinderung über Ausgleichskassen entrichtet werden*. Besondere Vergütungsformen haben sich bei temporärer Arbeit herausgebildet (Zuschlag zum Stundenlohn, feste abgestufte Taggelder, Entschädigungen nach Durchschnittsgehalt, usw.)*. 50 51/52 53 54 55 56

Da kein gesetzlicher Anspruch auf Lohnzahlung besteht, kann - vorbehältlich unabdingbarer gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen - vereinbart werden, dass die Entschädigung bei berechtigter fristloser Entlassung oder bei Austritt unmittelbar nach Bezug der Freizeit dahinfällt oder dass Taggelder, die der Arbeitnehmer während der üblichen Freizeit von Dritten bezieht, mit der Entschädigung verrechnet werden*. 57

---

48 vgl. A IV 5. hievor; 49 SS. 221.215.328.4/329.2/329.3

50 vgl. z.B. Art. 47, 49 und 67 Friedensabkommen Maschinenindustrie sowie Art. 22 und 23 Landesmantelvertrag, Hoch- und Tiefbau.

51 z.B. 80 % des Taglohns GAV Gärtnereien (ohne französische Schweiz)

52 z.B. GAV Sattlereigewerbe der Schweiz: mindestens Fr. 65.-- für Verheiratete und Fr. 50.-- für Ledige, vgl. Sonderheft Nr. 87 der Volkswirtschaft S. 7 ff.

53 vgl. Rahmenvertrag Maler- und Gipsergewerbe: 3 % des Bruttolohns für 8 Feiertage.

54 SCHWEINGRUBER S. 188

55 vgl. z.B. Art. 24 GAV Spengler- und Installationsgewerbe.

56 vgl. ROLAND VON BUEREN, Teilzeitarbeit und temporäre Arbeit, S. 137

57 vgl. z.B. C 1 364.1905: "Uebersteigt die Tagesvergütung nach Abzug der Auslagen für Unterkunft und Verpflegung den Betrag von Fr. 20.-- .... so ist der überschiessende Betrag mit der Besoldung zu verrechnen."

C. Lage und Fälligkeit der Freizeit

I. Zeitliche Festsetzung und Fälligkeit

1. Fälligkeit

Damit der Freizeitanspruch fällig wird und der Arbeitnehmer die Freizeit tatsächlich beziehen kann, muss diese zeitlich festgesetzt werden. Mit Eintritt des festgesetzten Termins oder mit Ablauf der vereinbarten, üblichen, gesetzlich, normal- oder gesamtarbeitsvertraglich bestimmten Arbeitszeit entfällt die Arbeitspflicht. Der Arbeitnehmer kann den Arbeitsplatz verlassen oder der Arbeit fernbleiben.

2. Zeitliche Festsetzung

Die zeitliche Festlegung geschieht auf verschiedene Weise. Im Vordergrund steht die vertragliche Vereinbarung*. Sie ist im Rahmen der gesetzlichen Schranken, namentlich der Schutzvorschriften, die eine bestmögliche Ausnützung der zur Verfügung stehenden Freizeit gewährleisten wollen, unumschränkt möglich. Zum Teil konkretisieren diese gesetzlichen Schutzvorschriften selbst den Freizeitanspruch in zeitlicher Hinsicht und führen so eine Fälligkeit von Gesetzes wegen herbei. 1

Möglich ist, die zeitliche Ansetzung der Freizeit innerhalb der gesetzlichen Schranken ganz oder teilweise dem Arbeitgeber zu überlassen. Die Verhältnisse gewisser Berufe (z. B. Bühnenkünstler und Bewachungsbetriebe) erfordern Vereinbarungen in diesem Sinne. Auch durch Gesetz kann der Arbeitgeber die Festsetzungskompetenz erhalten*. 2
Diese Befugnis des Arbeitgebers wird gelegentlich durch Mitwirkungsrechte von Betriebskommissionen eingeschränkt. In Gesamtarbeitsverträgen sind gerade Fragen der Arbeitszeit- und Freizeitordnung Gegenstand von Mitsprache- und Mitbestimmungsrechten der Betriebskommissionen*. 3

---

1 vgl. A I 2 hievor

2 z. B. Art. 329 Abs. 4 OR

3 vgl. z. B. Verabredung vom 19. Juli 1974 über die Mitwirkung der Arbeitnehmer im Betrieb zwischen den Verbänden der Maschinen- und Metallindustrie, III 2.2.1: Einteilung der Arbeitszeit, Pausen, Vor- und Nachholen von Ausfallzeiten, Ferienplan, Urlaubsregelung, Festlegung arbeitsfreier Tage.

Möglich ist anderseits, dass der Arbeitnehmer weitgehend selbständig bestimmen kann, wann er seine Freizeit bezieht. Zu denken ist beispielsweise an den Heimarbeiter, der Arbeitszeit und Freizeit nach eigenem Ermessen einteilt und einzig an die Lieferfristen gebunden ist. Oder an den Handelsreisenden, der in seiner Freizeiteinteilung nur durch die Pflicht bestimmter Kundenbesuche und die Rechenschaftspflicht gegenüber dem Arbeitgeber beschränkt wird. Besondere Freiheiten in der Wahl der ordentlichen Freizeit erhält der Arbeitnehmer bei Vereinbarung gleitender Arbeitszeit*. Selb- 4
ständig darf nach ausdrücklicher Vorschrift des Arbeitsgesetzes* 5
eine Arbeitnehmerin bei Schwangerschaft frei nehmen.

In grösseren Betrieben halten Arbeits- oder Stundenpläne die ordentlichen Arbeitszeiten fest. Damit wird der ordentliche Freizeitanspruch klar umrissen. Der Arbeitnehmer hat die Möglichkeit, zum voraus seine Freizeit zu gestalten. Er kann sich materiell und geistig auf die Freizeit vorbereiten, so dass sie ihm optimale Erholung und Entspannung bietet. Der Arbeitgeber anderseits weiss genau, wann ihm der Arbeitnehmer zur Verfügung stehen wird, so dass auch er seine Dispositionen treffen kann. Beide Teile können sich in guten Treuen auf die Einhaltung der Pläne verlassen. Der Arbeitgeber darf nicht unbegründet kurzfristig davon abweichen*. Gesetzlich vorgeschrieben 6
sind derartige Pläne nur für industrielle Betriebe* und solche, die 7
dem Arbeitszeitgesetz unterstehen*. 8

---

4 vgl. zu den Problemen gleitender Arbeitszeit URS CH. NEF, Rechtliche Aspekte der gleitenden Arbeitszeit (Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1971 S. 403 ff.); ARV 1972 S. 4 ff; Erfahrungen von fünf verschiedenen Grossbetrieben, SAGZ 1970 S. 838, 861, 883, 905, 928.

5 Art. 35 Abs. 1 ArbG

6 vgl. GewRS, Gesetz und Recht 1953 S. 1 ff.

7 Art. 47 ArbG: Der Stundenplan ist den Arbeitnehmern durch Anschlag bekanntzugeben und der kantonalen Behörde mitzuteilen. Durch Verordnung kann die Pflicht zur Bekanntgabe auf nicht-industrielle Betriebe ausgedehnt werden.

8 Art. 12 ArbZG, "Dienstpläne".

II. Vorschriften zur Lage der täglichen Freizeit

1. Verbot der Nachtarbeit

Bei der Festsetzung der täglichen Arbeitszeit sind im Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes hauptsächlich die Grenzen der Tagesarbeit zu beachten*. Nachtarbeit ist grundsätzlich verboten, da sie 9
infolge der Abweichung vom normalen Lebensrhythmus das gesundheitliche Gleichgewicht des Arbeitnehmers weitaus stärker belastet als Tagesarbeit. Der zunehmende Lärm in Wohnquartieren verunmöglicht oft ein richtiges Ausruhen während des Tages. Der Nachtarbeiter muss im übrigen weitgehend auf die Teilnahme an gesellschaftlichen und kulturellen Abendveranstaltungen verzichten.

Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit wird deshalb nur bewilligt, wenn sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist*, vorübergehende nur, wenn ein dringendes Bedürf- 10
nis (z. B. Einhaltung von Lieferfristen, drohender Verderb von Gütern, Saisongeschäft) und das Einverständnis des Arbeitnehmers nachgewiesen wird*. Zu berücksichtigen sind jedoch zahlreiche Sonder- 11
vorschriften*. Für vorübergehende Nachtarbeit ist ein Lohnzuschlag 12
von wenigstens 25 % zu bezahlen. Diese Pflicht besteht nicht bei regelmässiger Nachtarbeit. Auch das Einverständnis des Arbeitnehmers muss nicht nachgewiesen werden, denn dauernde Beschäftigung während der Nacht bildet Bestandteil des Arbeitsvertrages und wird bei der Lohnfestsetzung von Anfang an einberechnet. Die Gesamtarbeits- 13
verträge legen oft höhere oder abgestufte Zuschläge* fest und um- 14
schreiben die Nachtarbeit enger als das Arbeitsgesetz*.

Bei Nachtarbeit darf die Arbeitszeit neun Stunden im Tag nicht übersteigen und nicht auf eine Zeitspanne von über zehn Stunden verteilt werden*. Sie ist grundsätzlich so einzurichten, dass der Arbeitneh- 15
mer nicht länger als während sechs aufeinanderfolgenden Wochen nachts zu arbeiten und dass er an der Tages- und Nachtarbeit gleichmässig Anteil hat.

Die Kantone und Gemeinden können unabhängig vom Arbeitsgesetz die Oeffnungszeiten von Detailhandels-, Gastwirtschafts- oder Unterhaltungsbetrieben verlängern; bei Beschäftigung ausserhalb der Grenzen der Tagesarbeitszeit entfällt jedoch dadurch nicht die arbeitsgesetzliche Bewilligungspflicht*. 16

---

[9] vgl. A I 6.2 hievor; [10] Art. 17 Abs. 2 ArbG, vgl. Art. 45 VO I zum ArbG sowie Anhang zur VO I.

[11] [12] Art. 17 Abs. 1 ArbG und Art. 52 Abs. 2 VO I zum ArbG.

[13] VO II zum ArbG, vgl. Uebersicht unter A I 5.4 hievor.
z. B. 50 % bis 22 Uhr, 100 % nach 22 Uhr (Art. 9 GAV Schreinergewerbe oder durchwegs 100 % (Regional GAV Maler- und Gipsergewerbe Oberaargau-Seeland.

2. Schichtarbeit

Uebermässig belastet wird der physiologische Rhythmus des Arbeitnehmers auch bei Schichtarbeit. Die arbeitsgesetzlichen Voraussetzungen sind denn auch ähnlich wie für Nachtarbeit. Sofern die Grenzen der Tagesarbeit durch eine Schicht überschritten werden, ist eine Bewilligung erforderlich. Innerhalb 24 Stunden darf die Arbeit nicht auf einen längeren Zeitraum als zehn Stunden verteilt werden. Die Schichten sind für den einzelnen Arbeitnehmer spätestens alle sechs Wochen zu wechseln. Zu den einzelnen Voraussetzungen für die Bewilligung von Schichtarbeit wie auch von ununterbrochenem Betrieb vgl. Art. 23 ff. ArbG und Art. 47 ff. VO I zum ArbG.

3. Weibliche und jugendliche Arbeitnehmer

Nach Arbeitsgesetz darf die tägliche Arbeitszeit weiblicher und jugendlicher Arbeitnehmer grundsätzlich nur auf einen Zeitraum von 12 Stunden verteilt werden. Hinsichtlich Nachtarbeit gelten strengere Vorschriften*. 17

Besondere Rücksicht bei der Festsetzung von Arbeits- und Ruhezeit ist auf Arbeitnehmerinnen zu nehmen, die einen Haushalt mit Familienangehörigen führen*. 18

---

[14] zum Teil für das ganze Jahr durchgehend 20 - 6 Uhr, zum Teil andere Sommerzeiten (z. B. 1. Mai bis 15. September).

[15] Art. 17 Abs. 3 ArbG; [16] vgl. Art. 71 lit. c ArbG sowie ARV 1969 S. 56

[17] vgl. Art. 31 und 34 ArbG; [18] Art. 36 Abs. 1 ArbG

III. Vorschriften zur Lage des freien Wochentages

1. Freier Sonntag als Grundsatz

Das Obligationenrecht sieht in der Regel den Sonntag als freien Wochentag vor. Wirklich entspannen kann sich der Arbeitnehmer am besten an einem allgemeinen Ruhetag. Regelmässige Sonntagsarbeit ist einem harmonischen Familienleben abträglich. Bei Sonntagsarbeit kann der Arbeitnehmer auch nicht im gleichen Masse an gesellschaftlichen und kulturellen Veranstaltungen teilnehmen, die häufig am Wochende stattfinden. Sonntagsarbeit kann den Arbeitnehmer deshalb in eine gefährliche Isolierung drängen*. Der Ruhetag 19
darf deshalb nur auf einen Werktag verlegt werden, wo besondere Verhältnisse einen freien Sonntag unmöglich machen*. Dies ist der 20
Fall, wenn die Betriebsinteressen des Arbeitgebers gegenüber den Interessen des Arbeitnehmers am freien Sonntag überwiegen, da bei der Bestimmung der Freizeit auf die Interessen des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers angemessen Rücksicht zu nehmen ist*. Die Be- 21
rücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers kann gebieten, dass unter mehreren Arbeitnehmern mit Sonntagsarbeit abgewechselt wird oder dass in Kleinbetrieben auch etwa der Arbeitgeber Sonntagsarbeit übernimmt.

Die öffentlich-rechtlichen Verbote der Arbeit an Sonntagen verstärken den privatrechtlichen Grundsatz des freien Sonntags.

2. Oeffentlich-rechtliche Verbote der Sonntagsarbeit

2.1 Kantonale Gesetze betreffend die Sonntagsruhe

Die Kantone können kraft ihrer Polizeihoheit die Arbeit an Sonntagen verbieten. Die kantonalen Gesetzgebungen verfolgen aus religiös-konfessionellen Rücksichten den Zweck, die für die Sonntagsheiligung notwendige Ruhe und Ordnung zu gewährleisten. Wegen der Unumgänglichkeit von Sonntagsarbeit in verschiedenen Branchen und Berufen enthalten die Gesetze neben grundsätzlichen Verboten vielfach recht umfassende Ausnahmebestimmungen, die die Arbeit - zum Teil unter Vorbehalt einer Bewilligung - gestatten*. 22

---

19 vgl. PFANNER S. 5; 20 Art. 329 Abs. 1 OR; 21 Art. 329 Abs. 4 OR, die Vorschrift ist nicht zwingend. Vgl. auch Botschaft 1967 S. 109.

22 vgl. Art. 71 lit. c ArbG sowie A III 2 hievor (Feiertagsgesetzgebung).

2.2 Verbot der Sonntagsarbeit nach Arbeitsgesetz

Das Arbeitsgesetz verbietet grundsätzlich Arbeit an Sonntagen, sieht aber bewilligungspflichtige Ausnahmen vor, die gleich aufgebaut sind wie diejenigen vom Nachtarbeitsverbot*. Vorübergehende Sonntagsarbeit erfordert den Nachweis von dringendem Bedürfnis und Einverständnis des Arbeitnehmers. Im Gegensatz zur Nachtarbeit hat der Lohnzuschlag mindestens 50 %* zu betragen. Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit muss aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich sein. Gegen den Willen des Arbeitnehmers ist also Sonntagsarbeit unmöglich. Innert zwei Wochen muss grundsätzlich einmal ein ganzer Sonntag frei gegeben werden*. 23 24 25

Wird am Sonntag vormittags und nachmittags oder länger als fünf Stunden gearbeitet, so muss in der vorhergehenden oder nachfolgenden Woche* eine zusätzliche Ersatzruhe von 24 Stunden liegen*. In der Praxis wird bei gelegentlicher Sonntagsarbeit oft übersehen, dass der Arbeitnehmer im Gegensatz zur Ueberstundenarbeit nicht nur einen Wahlanspruch auf Freizeitausgleich oder erhöhten Lohn hat, sondern sowohl Ersatzruhe als auch Lohn mit Zuschlag beanspruchen kann. Zum Teil sind entsprechende Formulierungen in Gesamtarbeitsverträgen zu wenig klar, so dass der Arbeitnehmer Sonntagsarbeit der Ueberstundenarbeit gleichstellt und sich mit einem Freizeitausgleich oder dem Lohnzuschlag begnügt*. 26/27 28

---

[23] Art. 18 Abs. 1, 19 ArbG, Art. 44 f. VO I zum ArbG (für Jugendliche und weibliche Arbeitnehmer zusätzlich Art. 31 Abs. 4 und 34 Abs. 3 ArbG sowie Art. 65 und 71 VO I), vgl. II 1 hievor.

[24] In Gesamtarbeitsverträgen werden die Zuschläge oft auf 100 % erhöht und als Sonntagsarbeit Arbeit in der Zeit zwischen 0 und 24 Uhr an Sonntagen bezeichnet (z. B. GAV Heizungs- und Lüftungsgewerbe).

[25] Art. 20 Abs. 1 ArbG. Unter einem ganzen Sonntag versteht Art. 44 Abs. 1 VO I zum ArbG mindestens 24 aufeinanderfolgende Stunden, die in jedem Falle die Zeit von 6 bis 16 Uhr erfassen müssen. Bei ununterbrochenem Betrieb sind mindestens 26, unter Umständen nur 13 Sonntage einzuräumen. (Art. 25 ArbG und Art. 51 VO I).

[26] vgl. jedoch Art. 20 Abs. 2 ArbG

[27] Art. 20 Abs. 1 ArbG, vgl. Art. 44 Abs. 2 VO I zum ArbG

[28] vgl. z. B. Art. 20. 4 GAV Spenglerei- und Installationsgewerbe

2.3 Andere öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften

Wegen ihrer Eigenart sei hier noch auf zwei Sonderregelungen verwiesen. Die Chauffeurverordnung schreibt vor, dass die Ruhetage auf Sonntage oder gesetzliche Feiertage fallen müssen und am Wohnort des Arbeitnehmers sollen zugebracht werden können*. Und der Arbeitgeber im Heimarbeitsverhältnis hat die Lieferfristen so zu bemessen, dass an Sonntagen und Feiertagen nicht gearbeitet werden muss. Er darf an diesen Tagen auch keine Heimarbeit herausgeben oder abnehmen*. 29 30

3. Zusammenlegung und Aufteilung der freien Wochentage

Unter besonderen Umständen kann der freie Wochentag in zwei Halbtage aufgeteilt oder zu mehreren freien Tagen zusammengelegt werden. Der Arbeitnehmer muss jedoch mit solchen Ausnahmeregelungen einverstanden sein*. Der Entwurf zur Revision des Arbeitsvertragsrechts sah diese Möglichkeit des Zusammenlegens oder Aufteilens nicht vor. Sie fand erst in den parlamentarischen Beratungen aus Rücksicht auf die Landwirtschaft Eingang in den Gesetzestext*. Für die dem Arbeitsgesetz unterstellten Arbeitnehmer hat die Vorschrift keine Bedeutung. 31 32

---

29 Art. 8 Chauffeur VO

30 Art. 7 BG über Heimarbeit

31 Art. 329 Abs. 2 OR (relativ zwingend)

32 vgl. Amtl. Bull. NR 1969 S. 775 ff. Eine Minderheit unterlag mit dem Antrag auf Streichung des Erfordernisses ausdrücklicher Zustimmung des Arbeitnehmers.

IV. Vorschriften zur Lage zusätzlicher wöchentlicher Freizeit

1. Zusätzlicher freier Halbtag nach Arbeitsgesetz

Der freie Halbtag nach Arbeitsgesetz ist grundsätzlich jede Woche zu gewähren. Eingebürgert hat sich der Samstag nachmittag, so dass der Arbeitnehmer mit dem Sonntag anderthalb zusammenhängende Tage Freizeit erhält. Die Halbtage können über höchstens vier Wochen zu ganzen Freitagen zusammengespart werden. Dazu fordert das Arbeitsgesetz ausdrückliches Einverständnis des Arbeitnehmers*. [33] Gebräuchlich ist die Zusammenfassung der Halbtage zweier Wochen (alternierende 5-Tage-Woche). Ob die Halbtage während der vier Wochen als zwei ganze freie Tage, als einen ganzen Tag und zwei freie Halbtage oder als vier freie Halbtage genommen oder ob sie innerhalb der vier Wochen vor- oder nachbezogen werden, ist unerheblich*. [34]

An freien Halbtagen darf Ueberstundenarbeit geleistet werden, soweit dies notwendig ist, um dem Verderb von Gütern vorzubeugen oder Betriebsstörungen zu vermeiden oder zu beheben. Die Arbeitnehmer, gegebenenfalls ihre Betriebsvertreter, sind zuvor anzuhören*. [35]

2. Fünftagewoche

Da die Fünftagewoche nicht gesetzlich garantiert wird, bestehen auch keine gesetzlichen Vorschriften über die Festsetzung der zwei freien Wochentage. Einzig die arbeitsgesetzliche Regelung betreffend die Gewährung des freien Halbtages muss beachtet werden. Im übrigen bestimmen Einzel-, Normal- und Gesamtarbeitsvertrag die Lage des freien Wochentages. Ueblicherweise sind bei Fünftagewoche Samstag und Sonntag arbeitsfrei.

Bei Teilzeitarbeit ist von Fall zu Fall zu vereinbaren, wie Arbeits- und Freizeit liegen sollen, da keine allgemeingültigen Uebungen bestehen.

3. Vorschriften über den Arbeitsschluss

An Samstagen endigt in industriellen Betrieben die Tagesarbeit bereits um 17 Uhr. Länger dauernde Arbeit ist als Nachtarbeit bewilligungspflichtig.

---

[33] Art. 21 ArbG; [34] Auskunft des BIGA vom 10.12.1973 (ARV 1974 S. 9)

[35] vgl. Art. 21 Abs. 3, 20 Abs. 2 und 48 ArbG

Mittelbar beeinflussen die kantonalen und kommunalen Erlasse über die Oeffnungszeiten von Detailhandels-, Bewirtungs- und Unterhaltungsbetrieben die Festsetzung der wöchentlichen Freizeit*. Oeffnungsverbote für bestimmte Tage oder Halbtage, wie sie namentlich in Ladenschlussreglementen üblich sind, bewirken in der Regel, dass das Personal an diesen Tagen oder Halbtagen nicht zu arbeiten hat. An sich wäre eine Beschäftigung im Rückwärtigen des Betriebs möglich. Sie ist aber meist unrentabel, so dass die ohnehin zu gewährende Freizeit in die Schliessungszeit gelegt wird. 36

---

[36] vgl. Art. 71 lit. c ArbG

V. Festsetzung der Feiertage und der ausserordentlichen Freizeit

1. Feiertage

Die Lage der Feiertage wird durch den Kalender bestimmt. Welche Feiertage jedoch im einzelnen arbeitsfrei sein sollen, muss klargestellt werden, sofern lediglich ein Anspruch auf eine beschränkte Zahl arbeitsfreier Feiertage besteht. Die Klarstellung erfolgt durch Vertrag, Uebung, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag. Verbreitet sind Abmachungen, wonach die Festlegung der arbeitsfreien Feiertage zu Beginn jeden Jahres durch Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer oder der Betriebskommission vorzunehmen ist*. Es ist möglich, die Feiertagsfreizeit nicht auf Feiertage zu legen. Wird dann aber an Feiertagen gearbeitet, so müssen die erforderlichen kantonalen Bewilligungen eingeholt werden. Arbeit an Feiertagen, die den Sonntagen gleichgestellt sind, ist wie Sonntagsarbeit bewilligungs- und ausgleichspflichtig*. 37 38

2. Uebliche freie Stunden und Tage sowie Freizeit zur Stellensuche

Die üblichen freien Stunden und Tage sowie die Freizeit zur Stellensuche sind dem Arbeitnehmer "zu gewähren". Die freie Zeit ist also durch den Arbeitgeber einzuräumen, was ausdrücklich aus den romanischen Texten des Obligationenrechts hervorgeht*. Daraus darf jedoch nicht geschlossen werden, der Arbeitgeber könne eigenmächtig die Einräumung unterlassen und damit den Anspruch oder dessen Fälligkeit verhindern. Bei der Bestimmung der Freizeit ist auf die Interessen des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers angemessen Rücksicht zu nehmen, so dass der Arbeitgeber nicht in eigener Kompetenz handeln kann. Der französische Text spricht sogar davon, dass "die Parteien" bei der Festsetzung der freien Stunden und Tage den gegenseitigen Interessen Rechnung tragen sollen*. Die Mitwirkung beider Parteien ist notwendig. 39 40

Der Arbeitnehmer hat sein Anliegen dem Arbeitgeber vorzutragen. Dieser wird entgegenstehende Betriebsinteressen geltend machen. Kollidierende Interessen sind nach ihrer Dringlichkeit gegeneinander abzuwägen. Da der gesetzliche Freizeitanspruch zulasten der ordentlichen Arbeitszeit geht, können nicht irgendwelche Betriebsinteressen

---

37 vgl. A III 4 hievor; 38 vgl. A III 3 und C III 2 hievor

39 "Il datore di lavoro deve inoltre concedere al lavoratore...", "Il (l'employeur) accorde au surplus au travailleur..."; Art. 329 Abs. 3 OR.

40 "Les parties tiennent équitablement compte des intérêts de l'employeur et du travailleur pour fixer les heures et jours de congé". Art. 329 Abs. 4 OR.

der gewünschten Einräumung entgegenstehen. Vielmehr muss es sich um ausserordentliche Interessen handeln wie beispielsweise Saisonarbeit, ungewöhnlich hoher Arbeitsanfall oder Personalknappheit. Es ist möglich, dass zu gewissen Zeiten das Freizeitinteresse des Arbeitnehmers gegenüber den Betriebsinteressen vorwiegt und zu andern Zeiten eher das Interesse des Arbeitgebers an der Arbeitsleistung überwiegt. Besteht etwa die Arbeit des Arbeitnehmers in seltenen öffentlichen Auftritten, die er in der restlichen Zeit vorbereitet (z. B. als Schauspieler oder Demonstrant), so kann er im Zeitpunkt eines solchen Auftrittes nur in nicht beeinflussbaren Extremfällen Freizeit verlangen*. Auch wird das Freizeitinteresse 41
während Randstunden eher im Vordergrund stehen als während Stosszeiten.

Die Pflicht gegenseitiger Rücksichtnahme kann sowohl durch ungerechtfertigte Verweigerung der Einräumung auf Arbeitgeberseite als auch durch ungerechtfertigten eigenmächtigen Bezug der Freizeit auf Arbeitnehmerseite verletzt werden. Beide Fälle bilden Tatbestände von Vertragsverletzung mit den Folgen von Schadenersatz und eventuell Genugtuung oder fristloser Vertragsauflösung. So rechtfertigte die Nichtbeachtung der begründeten Weigerung eines Arbeitgebers, an einem bestimmten Nachmittag dem Arbeitnehmer zur Stellensuche freizugeben, eine fristlose Entlassung. Der Arbeitgeber hatte zwei Ersatzfreitage angeboten, ohne dass der Arbeitnehmer die Verschiebung versucht hätte*. Die Pflicht gegenseitiger 42
Rücksichtnahme ist aber bereits verletzt, wenn der Arbeitnehmer ohne Orientierung des Arbeitgebers der Arbeit fernbleibt*. Verweigert 43
anderseits der Arbeitgeber die Freigabe ohne haltbaren Grund, so dürfte dem Arbeitnehmer keine Vertragsverletzung angelastet werden, wenn er trotz der Weigerung die Freizeit bezieht. Anders kann er unter Umständen seinen Anspruch auf Gewährung der Freizeit in natura gar nicht durchsetzen*. 44

Die obligationenrechtliche Ordnung der Freizeitbestimmung ist nur dispositives Recht. Schon durch formlose Abrede kann das Verfügungsrecht über den Anspruch allein in die Hand des Arbeitgebers oder auch des Arbeitnehmers gelegt werden. Für die Vielzahl von Normal- und Gesamtarbeitsverträgen, die nur festsetzen, welche Absenzen bezahlt werden, gilt mangels anderer Regelung Obligationenrecht. Dieses kann subsidiär auch der Bestimmung anderer ausserordentlicher Freizeit dienen.

Bei Arbeitsverhinderung entfällt dagegen die Arbeitspflicht automatisch. Immerhin gebietet die Treupflicht, dass der Arbeitnehmer möglichst bald den Arbeitgeber verständigt.

---

41 STREIFF S. 82; 42 Gewerbegericht Stadt Bern, Urteil Nr. 231 vom 17. August 1970.

43 vgl. Botschaft 1967 S. 108 sowie Gewerbegericht Stadt Bern, Urteil Nr. 4 1970.

44 vgl. Urteil des Appellationsgerichts Baselstadt vom 8. Juni 1959 (GewRS, Gesetz und Recht 1959 S. 29 f): Der eigenmächtige Bezug des freien Wochentages bildet keinen wichtigen Grund zur fristlosen Entlassung, sofern der Arbeitgeber die Festsetzung unterlässt. Ob der Vertrag überhaupt verletzt worden war, blieb dahingestellt.

5. Kapitel: Umfang, Inhalt und Erwerb des Ferienanspruchs

A. Umfang des Ferienanspruchs

I. Gesetzlicher Anspruch

1. Allgemeines obligationenrechtliches Minimum

1.1 Privatrechtliche Grundlage

Der Bundesgesetzgeber hat den Ferienanspruch im Obligationenrecht geordnet. Die kantonalen Feriengesetze beruhten dagegen auf öffentlichem Recht. Sie mussten öffentlich-rechtlich ausgestaltet sein, da die Verfassung die Zivilgesetzgebung dem Bunde vorbehält. Ihre Ablösung durch Bundesrecht war wegen der zwischen den Kantonen herrschenden Rechtsunterschiede angezeigt und unbestritten*. Gegen ei- 1
ne privatrechtliche Regelung bestanden jedoch Bedenken. Der Arbeitnehmer sei wegen der wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Arbeitgeber oft nicht in der Lage, seinen Anspruch allein durchzusetzen. Ohne Kontrolle und Durchsetzung durch Staat und Berufsorganisationen sei der Ferienanspruch weitgehend unwirksam. Beweis dafür sei die geringe Zahl von Prozessen um Ferienansprüche. Die Ferien lägen zudem nicht nur im Interesse des einzelnen Arbeitnehmers, sie dienten dank günstiger Beeinflussung von Volksgesundheit und Arbeitskraft auch der Allgemeinheit*. Noch der Vorentwurf 1945 und der 2
Entwurf 1950 zum Arbeitsgesetz sahen eine öffentlich-rechtliche Normierung der Ferien vor. Im Zusammenhang mit den Vorarbeiten zur Revision des Arbeitsvertragsrechts setzte sich dann aber die Auffassung durch, eine zivilrechtliche Ferienregelung sei sachgerechter. Massgebend waren die Ueberlegungen, dass eine privatrechtliche Ordnung alle Arbeitnehmer erfasst und nicht nur die dem Arbeitsgesetz unterstellten, dass ein Nebeneinander von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Ferienvorschriften auf eidgenössischer Ebene Schwierigkeiten schaffen könnte, dass sich das Privatrecht auf allgemeine Grundsätze beschränken und Konkretisierung sowie Fortbildung dem Einzel-, Normal- und Gesamtarbeitsvertrag überlassen kann, dass dadurch die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie deren Verbänden zur autonomen Regelung der Arbeitsbedingungen gefördert wird, dass dem Staat der Aufwand amtlicher Kontrolle und Durchsetzung erspart bleibt und dass

---

1 vgl. Bbl 1960 II 1016 f

2 vgl. TSCHUDI S. 41, 52 und 288, SCHWEINGRUBER, Stand der Feriengesetzgebung in der Schweiz, S. 32 und Arbeitsrecht S. 46

dem Arbeitnehmer ohnehin eine zivilrechtliche Durchsetzungsmöglichkeit zur Verfügung stehen muss*. 3

Der Ferienanspruch wird trotz privatrechtlicher Ausgestaltung nicht vollständig der freien Verfügung der Arbeitsvertragsparteien überlassen. Der Gesetzgeber hat dem Gedanken des Arbeitnehmerschutzes dadurch Rechnung getragen, dass er den Mindestanspruch zwingend vorschrieb*. Die Durchsetzung des Anspruchs obliegt jedoch allein 4
dem Arbeitnehmer. Die Zukunft wird zeigen, ob eine Ferienregelung ohne staatliche Ueberwachung genügt oder ob in Zeiten von Unterbeschäftigung ein unzulässiger Druck auf den Arbeitnehmer ausgeübt wird.

1.2 Umfang des Mindestanspruchs

Das Obligationenrecht schreibt als Mindestmass zwei Wochen Ferien pro Jahr vor, für Jugendliche bis zum vollendeten 19. Altersjahr sowie für Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr drei Wochen*. 5
Es räumt den Kantonen die Kompetenz ein, diese Mindestansätze um eine Woche anzuheben*. Auf weitergehende Garantien der Ferien- 6
dauer hat der Gesetzgeber verzichtet.

Die Rechtfertigung des erhöhten Anspruchs für minderjährige Arbeitnehmer liegt darin, dass ihre Gesundheit und Widerstandskraft noch nicht gefestigt ist und ihnen der Uebergang von der Schulzeit mit 12 bis 15 Ferienwochen ins Erwerbsleben erleichtert werden soll. Die Minderjährigen sind noch weniger durch familiäre und gesellschaftliche Verpflichtungen gebunden, sind noch unternehmungsfreudiger und brauchen mehr Ferien, um sich in Reisen, Abenteuern und anderweitigen Betätigungen ausleben zu können*. Die Unterscheidung 7
zwischen Jugendlichen und Lehrlingen wird mit der Mehrbeanspruchung der Lehrlinge ausserhalb der Arbeitszeit durch Berufsunterricht, Hausaufgaben und Vorbereitung auf die Lehrabschlussprüfung begründet. Es leuchtet zwar nicht ohne weiteres ein, weshalb der über 20-jährige Lehrling nicht auch in den Genuss der Mehrwoche kommt*. Gesetzestechnisch vermöchte eine einheitliche Altersgren- 8
ze für Jugendliche und Lehrlinge von 20 Jahren besser zu befriedigen. Die Möglichkeit des kantonalen Obligatoriums einer weiteren Ferienwoche für Jugendliche und Lehrlinge wurde erst in der parlamentarischen Debatte über die Revision des Arbeitsvertragsrechts geschaffen. Der Revisionsentwurf sah sie nicht vor*. 9

---

3 Bbl 1960 II 922 und 1017 f; 4 vgl. II. 1. hienach
5 Art. 329 a Abs. 1 und 345 a Abs. 3 OR
6 Art. 329 a Abs. 2 und 345 a Abs. 3 OR
7 vgl. TSCHUDI S. 61 und 97 sowie Amtl. Bull. NR 1969, S. 790
8 vgl. Amtl. Bull. NR 1962 S. 331 ff. sowie BAERLOCHER S. 85
9 Amtl. Bull. NR 1969, S. 787 ff

Abgesehen vom Anspruch der Minderjährigen wurde die mit dem Arbeitsgesetz in Kraft getretene obligationenrechtliche Ferien-
garantie durch die Revision im Jahre 1972 unverändert übernom-
men*. Trotz recht umfangreicher Debatte vermochte sich der 10
Gesetzgeber keine fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der ersten
Ordnung zu keinen bahnbrechenden Neuerungen durchzuringen*. 11

1.3 Stellenwert des Anspruchs

Der gesetzliche Mindestanspruch wird verschiedentlich als rück-
ständig gewertet. SCHWEINGRUBER spricht von einem beschämen-
den parlamentarischen Seilziehen um zwei, drei oder allenfalls vier
Wochen bezahlter Ferien, in einem Lande des Volkstourismus und
Reiseverkehrs, des hochzuhaltenden Naturgenusses und der Bekennt-
nisse zu einer Bildungspolitik zugunsten der Erwachsenen und der
Jungen*. Grund für die zurückhaltende Regelung bildete hauptsäch- 12
lich die Rücksichtnahme auf die unterschiedlichen kantonalen Ferien-
ansprüche, auf die Landwirtschaft und die Entfaltungsmöglichkeit
der Gewerkschaften. Gerade von Gewerkschaftsseite wurde nach-
haltig gefordert, dass sich das Gesetz mit ausgesprochenen Mini-
malvorschriften begnüge und so dem gesamtarbeitsvertraglichen
Ausbau genügend Raum offen lasse*. Anderseits wird geringen ge- 13
setzlichen Mindestansprüchen nachgeredet, sie übten einen Zug nach
unten aus. Sicher hat ein geringer Mindestanspruch für den Arbeit-
nehmer den Nachteil, dass sich die zu seinen Gunsten zwingenden
Vorschriften auf das gesetzliche Mindestmass beschränken und ein
weitergehender Anspruch verzichtbar ist*. 14

Die Ferienansprüche in Normal- und Gesamtarbeitsverträgen über-
steigen den gesetzlichen Mindestanspruch praktisch ausnahmslos*. 15
Die kantonalen Feriengesetze gewährten zwischen 6 und 18 Arbeits-
tagen*. Auch die Industriestaaten Westeuropas garantieren längere 16
Mindestferien. In Deutschland beträgt das gesetzliche Ferienmini-
mum 15 und nach dem 35. Lebensjahr 18 Werktage, in Frankreich
drei Wochen*. Die Sozialminister der Europäischen Gemeinschaft 17
haben Mitte Juni 1975 für die Mitgliedstaaten neben der Festlegung
der 40-Stunden-Woche einen Mindestanspruch von vier Wochen Fe-
rien pro Jahr vereinbart*. 18

---

10 Art. 341bis Abs. 1 OR; 11 vgl. Amtl. Bull. NR 1969 S. 775 ff
und StR 1970 S. 341 ff
12 "Im neuen Stall des Arbeitsvertragsrechts stellt das Ferienrecht
eine magere Kuh dar ..." SCHWEINGRUBER, Das neue Arbeits-
vertragsrecht, GewRS 1972 S. 39, vgl. auch Kommentar S. 169 f
13 vgl. Amtl. Bull. NR 1969, S. 787 ff sowie SCHWEINGRUBER S. 169 f
14 vgl. namentlich Art. 341 Abs. 1 OR
15 vgl. II 3. hienach; 16 RENGGLI S. 38
17 § 3 Bundesurlaubsgesetz. J. HERMANN, Um eine Neuordnung der
Arbeitszeit in Frankreich, GewRS 1970 S. 53 f
18 Meldung der Tagespresse

1.4 Revisionsvorstösse

Schon kurz nach Inkrafttreten der neuen Ferienregelung erfolgten im Nationalrat zwei Vorstösse, die auf verlängerte Mindestferien abzielten. Eine Motion Canonica vom 6. Dezember 1973 strebt bei grundsätzlich gleicher Ordnung die Erweiterung um eine Woche für alle Arbeitnehmer an, während eine Motion Speziali vom 27. Juni 1974 die minderjährigen Lehrlinge in den Genuss von sechs Wochen Ferien bringen möchte. Die zweite Motion will den Ferienanspruch des Lehrlings demjenigen von Schülern höherer Schulen annähern. Der Bundesrat äusserte sich in der schriftlichen Beantwortung zurückhaltend*. 19

2. Erweiterung durch die Kantone

2.1 Kompetenz

Die Kantone haben vom Bundesgesetzgeber die Kompetenz erhalten, den Mindestanspruch auf drei Wochen, für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. und Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr auf vier Wochen zu verlängern. Es handelt sich um delegierte Kompetenz zur Setzung von Zivilrecht. Die zusätzliche Ferienwoche ist kantonales Privatrecht, geniesst jedoch den gleichen bundeszivilrechtlichen Schutz und wird nach den gleichen Grundsätzen beurteilt wie das obligationenrechtliche Minimum*. 20

Der Bund hat auf dem Gebiete des Zivilrechts die ausschliessliche Gesetzgebungskompetenz. Diese Ausschliesslichkeit bewirkt, dass die Kantone nicht Zivilrecht setzen dürfen, wo der Bund die Wahrnehmung seiner Zuständigkeit unterlassen hat, sondern nur im Rahmen eines ausdrücklichen bundesrechtlichen Vorbehalts. Soweit kantonale Bestimmungen ausserhalb des übertragenen Kompetenzbereichs liegen, sind sie nichtig. Gegen sie stünde die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts zur Verfügung*. Die Kompetenz der Kantone ist aus- 21
drücklich auf Erweiterung der Feriendauer um höchstens eine Woche beschränkt. Die Grenzen von drei bzw. vier Wochen sind absolute Höchstwerte. Ein Antrag, wonach die zweiwöchige Mindestdauer "im Durchschnitt bis zu drei Wochen" hätte erweitert werden können, wurde seinerzeit ausdrücklich abgelehnt*. Die Kantone 22
können die Voraussetzungen für diese Mehrwoche beliebig ausgestalten. Sie können beispielsweise gewisse Berufe und Branchen ausklammern, ein bestimmtes Alter oder bestimmte Dienstjahre

---

19 vgl. SJZ 1974 S. 100 und 288 sowie SAGZ 1974 S. 739

20 vgl. BGE 94 I 1 ff sowie CANNER-SCHOOP N. 2 zu Art. 64 ArbG

21 vgl. Art. 64 BV, BGE 63 I 173, ZANETTI S. 285 ff, H. THALMANN-ANTENEN S. 209, SOVILLA S. 261 f

22 vgl. Amtl. Bull. NR 1963 S. 351

voraussetzen oder den Anspruch nur um eine halbe Woche verlängern. Dagegen sind sie nicht mehr befugt, einzelne Rechtsfragen zu regeln*. Unzulässig wäre etwa die Bestimmung, dass in die Ferien fallende Feiertage nicht als Ferientage gelten. Ebenso die Vorschrift, dass sich der Arbeitgeber über die richtige Erfüllung der Ferienpflichten auszuweisen habe, denn administrative Kontrolle sprengt den Rahmen des Privatrechts*. 23 24

Die Kantone können weitere Ferienbestimmungen auch nicht unter Berufung auf Art. 6 ZGB als öffentliches Recht erlassen. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf kantonales öffentliches Recht, das mit Bundeszivilrecht konkurriert, nur erlassen werden, wenn es nach Sinn und Zweck dem öffentlichen Recht angehört, das Anwendungsgebiet des Bundeszivilrechts nur aus haltbaren Gründen des öffentlichen Rechts beschränkt und weder dem Sinn und Geist des Zivilrechts widerspricht noch dieses vereitelt. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Das Arbeitsgesetz hat denn auch die vor seinem Inkrafttreten bestehenden öffentlich-rechtlichen Feriengesetze der Kantone - unter Verweis auf die Rechtssicherheit - aufgehoben*. Es beliess einzig kantonale Vorschriften über die Feriendauer als zivilrechtliche Bestimmungen im Rahmen der damals möglichen obligationenrechtlichen Erweiterung auf drei Wochen in Kraft*. 25 26

Die früheren kantonalen Feriengesetze können nicht als Ausdruck bestehender Uebung gemäss Art. 5 Abs. 2 ZGB mittelbares Gesetzesrecht werden, da das Obligationenrecht hinsichtlich Ferien nirgends auf Uebung oder Ortsgebrauch verweist*. 27

Die Erweiterungskompetenz der Kantone war im Entwurf zum Arbeitsgesetz nicht vorgesehen. Beabsichtigt war vielmehr die vollumfängliche Beseitigung kantonaler Feriengesetzgebung. Man wollte der starken Rechtszersplitterung begegnen, die sich durch die

---

23 vgl. Gutachten der Eidg. Justizabteilung vom 27. Juli 1967 (ARV 1967 S. 55), CANNER-SCHOOP N. 6 zu Art. 64 ArbG, SCHWEINGRUBER S. 172 f

24 Die Glarner Vollziehungsverordnung vom 19. Oktober 1966 sieht solche Kontrolle vor, vgl. SCHWEINGRUBER, Stand der schweizerischen Feriengesetzgebung (GewRS 1968 S. 172 f)

25 Art. 73 Abs. 1 lit. b ArbG, vgl. Bbl 1960 II 1022 f

26 Art. 73 Abs. 2 ArbG und 341bis Abs. 2 OR, vgl. HUG N. 28 ff zu Art. 71 - 73 ArbG, SCHWEINGRUBER, Stand der schweizerischen Feriengesetzgebung (GewRS 1968 S. 172 f, A. HEIL, Die Anpassung des kantonalen Rechts an die eidgenössische Ferienregelung (NAEGELI S. 161 ff), H. DRESSLER, Der Uebergang vom kantonalen zum eidgenössischen Ferienrecht (GewRS 1967, Gesetz und Recht S. 1 ff)

27 vgl. CANNER-SCHOOP N. 6 zu Art. 64 ArbG

kantonalen Gesetze ergeben hatte. Die zum Teil erheblichen Unterschiede zwischen den Kantonen liessen sich kaum durch sachliche oder regionale Verschiedenheiten der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse rechtfertigen. Sie waren nicht mehr mit der Tatsache vereinbar, dass sich die Schweiz zu einem einheitlichen Wirtschaftsgebiet entwickelt hatte. Die Botschaft führt gar aus: "Für die Ordnung der Ferien besteht nicht nur kein Bedürfnis nach einer regional verschiedenen Regelung, sondern diese wäre angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der Ferien völlig untragbar*. Die kan- 28
tonale Kompetenz musste aber in den parlamentarischen Beratungen unter dem Druck der Kantone mit fortschrittlicheren Regelungen kompromisseshalber zugestanden werden*. Sie kann deshalb nur 29
geschichtlich und politisch, nicht aber mit wirtschaftlichen, sozialen oder gar gesundheitlichen Gründen gerechtfertigt werden.

2.2 Kantonale Ansprüche

Die Kantone haben ihre Kompetenz unterschiedlich ausgenützt. Durchwegs beim obligationenrechtlichen Minimum sind einzig Ob- und Nidwalden geblieben. Die anderen Kantone haben ihre Befugnis meist voll ausgeschöpft, hinsichtlich Lehrlingen durchwegs. Zweiwöchige Mindestferien kennen neben Ob- und Nidwalden die Kantone Uri, Appenzell I. Rh., Graubünden, Aargau und Thurgau, wobei der Kanton Aargau die dritte Ferienwoche ab 30. Altersjahr oder 10. Dienstjahr beim gleichen Arbeitgeber gewährt. Keinen erhöhten Anspruch für Jugendliche bis zum vollendeten 19. Altersjahr gewähren neben Ob- und Nidwalden die Kantone Freiburg, Appenzell I. Rh., Graubünden, Aargau und Waadt*. 30

Die Kantone Glarus, Waadt und Wallis haben den erhöhten Ferienanspruch im Einführungsgesetz zum Arbeitsgesetz festgelegt, so dass er nur für die dem Arbeitsgesetz unterstellten Arbeitnehmer Geltung hat. Die andern Kantone haben die Ansprüche in den Einführungsgesetzen zum Zivilgesetzbuch - wohin sie systematisch gehören* - oder in besonderen Feriengesetzen oder -verordnungen gere- 31
gelt und ihnen auf diese Weise für alle privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse Geltung verschafft*. 32

Die Kantone dürfen die Ansprüche nicht rückwirkend erhöhen. Eine Rückwirkungsklausel verstösst gegen die Rechtsgleichheit. Sie greift in die Rechte der Arbeitgeber ein, die im Vertrauen auf die geltenden Minimalansprüche einen geringeren Anspruch vereinbart haben, weil sie den Inhalt der rechtsgültigen Verträge nachträglich abändert*. 33

---

28 Bbl 1960 II 1022, vgl. 914 f; 29 vgl. Amtl. Bull. NR 1962 S. 350 ff, und SCHWEINGRUBER S. 168

30 vgl. Die Volkswirtschaft, Feriendauer in den Kantonen, 1975 S. 144

31 vgl. BIGLER N. 2 c zu Art. 64 ArbG

32 vgl. zu den einzelnen Ansprüchen und gesetzlichen Grundlagen Anhang

33 BGE 94 I 1 ff

2.3 Konkurrenz kantonaler Ansprüche

Wie die früheren kantonalen Feriengesetze können auch die unterschiedlichen heutigen kantonalen Ferienansprüche miteinander konkurrieren. Es kann sich die Frage stellen, welcher kantonale Anspruch auf ein bestimmtes Arbeitsverhältnis Anwendung findet.

Wie früher wird auch heute der Kompetenzkonflikt nach Territorialitätsprinzip gelöst. Die kantonale Gesetzgebung erfasst alle im Kanton domizilierten Firmen. Anknüpfungspunkt ist das Arbeitsverhältnis, der Ort, wo die vertragliche Arbeit verrichtet wird. Auf den Wohnsitz des Arbeitnehmers kann nicht abgestellt werden, da sonst für denselben Betrieb verschiedene Regelungen bestünden.

Bei Betrieben mit Zweigniederlassungen oder ausserkantonalen Betriebsstätten ist grundsätzlich nicht der Hauptsitz massgebend, sondern die Arbeitsstätte, wo der einzelne Arbeitnehmer ganz oder doch während der meisten Zeit tätig ist. Auf den Hauptsitz kann höchstens bei Arbeitnehmern im Aussendienst (Handelsreisende, Service-Monteure, usw.) zurückgegriffen werden, deren Tätigkeit sich nicht vorwiegend in einem Kanton abwickelt*. [34]

3. Sonderregelungen

3.1 Heimarbeitsvertrag

Besonders regelt das Obligationenrecht seit der Revision den Ferienanspruch des Heimarbeiters*. Steht er ununterbrochen im Dienst [35] des Arbeitgebers, so gilt die allgemeine Ordnung. Nicht möglich ist jedoch hinsichtlich Heimarbeitsverhältnis eine abweichende, im ganzen gleichwertige Regelung durch Normal- und Gesamtarbeitsvertrag*. [36] Beispielsweise könnte das Ferienprozentsystem für Heimarbeiter mit ununterbrochener Dienstbereitschaft nicht eingeführt werden, was sachlich nicht zu rechtfertigen ist*. [37]

Steht der Heimarbeiter nicht dauernd dem Arbeitgeber zur Verfügung, so hat er trotzdem einen Ferienanspruch und zwar in Form einer im Juli auszuzahlenden Vergütung von wenigstens vier Prozent des Lohnes der vergangenen zwölf Monate*. Dieser Betrag entspricht dem Ferien- [38] lohn für die Dauer von ungefähr zwei Wochen. Die Kantone haben nicht

---

[34] vgl. TSCHUDI S. 85 ff, RENGGLI S. 22 ff, CANNER-SCHOOP N. 6 zu Art. 64 ArbG, SCHWEINGRUBER S. 172, SAGZ 1966 S. 675

[35] Art. 353 c OR

[36] In verschiedenen Heimarbeitszweigen bestehen Gesamtarbeitsverträge mit Ferienbestimmungen, wie z. B. in der Kartonage und Konfektions- und Wäscheindustrie (Bbl 1960 II 1020).

[37] Art. 353 c erwähnt unerklärlicherweise Art. 329 e nicht. SCHWEINGRUBER (S. 384 f) schliesst auf eine ungewollte Lücke, die abweichende gleichwertige Regelungen im Sinne von Art. 329 e OR zulasse.

[38] Art. 353 c Abs. 2 OR

die Kompetenz, den Prozentsatz analog der Feriendauer auf eine Vergütung für drei Wochen zu erhöhen, denn das Obligationenrecht räumt sie ihnen nirgends ein. Die Vergütung ermöglicht dem Heimarbeiter Ferien, ohne dass er auf das gewohnte Einkommen verzichten muss. Die Ferientage kann er selbständig beziehen, wenn es die Arbeit erlaubt.

3.2 Heuervertrag

Der Ferienanspruch der Seeleute beträgt mindestens 12 Werktage für jedes Dienstjahr. Der erste Offizier des Maschinendienstes, alle selbständig wachegehenden Offiziere des Deck- und Maschinendienstes und der erste Funker kommen in den Genuss von mindestens 18 Werktagen*. Die Seeschiffahrtsverordnung enthält eine recht eingehende, zum Teil von den obligationenrechtlichen Bestimmungen abweichende Regelung des Ferienanspruchs der Seeleute. [39]

3.3 Arbeitszeitgesetz

Die dem Arbeitszeitgesetz unterstellten Arbeitnehmer haben einen Mindestanspruch von drei Wochen Ferien. Im Kalenderjahr, in welchem sie das 40. Altersjahr vollenden, erhöht sich der Anspruch auf vier Wochen und in demjenigen, in das die Vollendung des 55. Altersjahres fällt, auf fünf Wochen*. [40]

3.4 Vergleich mit Bundespersonalrecht

Bundesbeamte erhalten bis und mit 39. Altersjahr drei Wochen, ab 40. Altersjahr oder ab 5. Besoldungsklasse vier Wochen und ab 55. Altersjahr fünf Wochen Ferien*. [41]

---

[39] Art. 38 Abs. 1 Seeschiffahrtsverordnung (SS. 747.301)

[40] Art. 14 ArbZG, Art. 21 ArbZV

[41] Art. 60 BO

II. Vertragliche Ausgestaltung

1. Weitergehende einzel-, normal- und gesamtarbeitsvertragliche Ansprüche

Die obligationenrechtlichen Ansprüche - inbegriffen die kantonale Erweiterung der allgemeinen Mindestdauer - sind relativ zwingend. Sie dürfen bei Folge von Nichtigkeit nicht zuungunsten des Arbeitnehmers geändert, jedoch zu seinen Gunsten beliebig ausgebaut werden*. Da nur ein Minimum garantiert werden soll, sind erweiterte Ansprüche häufig, besonders für ältere oder langjährige Arbeitnehmer. 42

2. Ausgestaltung

2.1 Bedingungen

Der Mehranspruch kann bedingungslos eingeräumt oder vom Eintritt gewisser Voraussetzungen abhängig gemacht werden. In beiden Fällen bilden die zusätzlichen Ferien einen wichtigen Vertragsbestandteil, dessen Erfüllung nach den allgemeinen Grundsätzen verlangt werden kann. Sicherte der Arbeitgeber ohne entsprechenden Vorbehalt längere Ferien zu, so bleibt er an diese Zusicherung auch dann gebunden, wenn ihn der Arbeitnehmer in der Folge hinsichtlich seines Verhaltens bei der Vertragserfüllung enttäuscht*. Wie beim Lohn dürfen auch bei den Ferien zugesicherte Ansprüche nicht wegen ungenügender Arbeitsleistung gekürzt werden. 43

Häufig wird der Anspruch nach bestimmten Kriterien, z. B. Alter, Dienstjahren, Verantwortung, Ausbildung sowie Gefährlichkeit und Belastung der Arbeit abgestuft.

2.2 Abstufung nach Altersjahren

Je älter der Arbeitnehmer wird, desto rascher ermüdet er und desto länger dauert es, bis er sich wieder erholt hat. Mit zunehmendem Alter wachsen die familiären und gesellschaftlichen Verpflichtungen. Die Zeit wird immer stärker ausgefüllt, das Ferienbedürfnis vergrössert sich. Die früheren kantonalen Feriengesetze sahen mit Ausnahme Genfs eine Steigerung der Ferien mit zunehmendem Alter des Arbeitnehmers vor.

---

42 vgl. Art. 329 a, 345 a, 353 c, 362 OR

43 Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 19. 9. 1955 = BIZR 1956 Nr. 156

Bei der Festlegung eines erhöhten Ferienanspruchs für ältere Arbeitnehmer ist Zurückhaltung zu üben. Der ältere Arbeitnehmer kann dadurch gegenüber jüngeren Kollegen auf dem Arbeitsmarkt entscheidend benachteiligt werden. Er riskiert in Krisenzeiten eher entlassen zu werden*. 44

Rein vom Zweck der Ferien her ist eine Abstufung nach Alter angezeigter als eine solche nach Dienstjahren, weshalb das revidierte Arbeitszeitgesetz ausschliesslich auf das Alter abstellt*. Die meisten Gesamtarbeitsverträge berücksichtigen das Alter, zum Teil als einziges Abstufungskriterium, meist jedoch kombiniert mit einer Staffelung nach Dienstjahren*. 45 45a

Eine nach Altersjahren abstufende Ordnung sollte klarstellen, auf welchen Zeitpunkt der höhere Anspruch beginnt. Diejenigen Gesamtarbeitsverträge, welche die Ferien nach Kalenderjahren einräumen, bezeichnen oft die vom Arbeitnehmer am 1. Januar des Kalenderjahres, für das die Ferien gewährt werden, zurückgelegten Altersjahre als massgebend*. Mangels derartiger Bestimmungen muss bis zur Vollendung des erforderlichen Altersjahres auf den bisherigen und sodann auf den neuen Anspruch abgestellt werden, wobei die Anteile des Ferienjahres pro rata temporis zu berechnen sind. In gleicher Weise ist vorzugehen, wenn jugendliche Arbeitnehmer nach dem 19. und Lehrlinge nach dem 20. Altersjahr einen geringeren Anspruch haben*. 46 47

2.3 Abstufung nach Dienstjahren

2.3.1 Grundsätzliches

Je länger das Arbeitsverhältnis dauert, desto mehr nützt der Arbeitnehmer seine Kräfte ab. Das Erholungsbedürfnis steigert sich. Diesem Umstand tragen Ordnungen Rechnung, die mit zunehmenden Dienstjahren mehr Ferien gewähren.

---

44 vgl. RENGGLI S. 40 ff, TSCHUDI, Handbuch 1955 S. 443, HUMBERT-DROZ S. 20

45 vgl. Bbl 1971 I 454 f (Botschaft zum Arbeitszeitgesetz)

45a vgl. 2.4 hienach

46 z.B. Art. 41 Friedensabkommen Maschinenindustrie

47 Das BIGA empfiehlt für solche Fälle, in Analogie mit der Kürzung nach Obligationenrecht nur auf volle Monate abzustellen und den Jugendlichen und Lehrlingen den längeren Anspruch bis und mit dem Monat zu gewähren, in dem sie das 19. bzw. 20. Altersjahr vollenden (Auskunft vom 22. Juli 1974 = ARV 1974 S. 58). Diese Lösung befriedigt wohl praktisch, nicht aber juristisch.

Eine ausschliessliche Abstufung nach Dienstjahren benachteiligt aber Arbeitnehmer, die häufig die Stelle wechseln, vielleicht wechseln müssen. Ihr Ferienbedürfnis ist vom gesundheitlichen Gesichtspunkt und demjenigen der Erholung aus ebenso gross. Zudem besteht die Gefahr von Kündigung kurz vor Erreichen einer Dienstjahresgrenze, die zum erhöhten Anspruch berechtigt. Der Arbeitnehmer wird diese Gefahr meistens durch gesammelte Erfahrung und Routine aus der Welt schaffen*. Wenn er beispielsweise nach 48
10 Dienstjahren beim gleichen Arbeitgeber eine Woche mehr Ferien erhält, so wird er dank 10-jähriger Berufserfahrung und Betriebskenntnissen innerhalb eines Jahres nicht weniger leisten als zu Beginn seiner Tätigkeit. Eine Ferienwoche entspricht stundenmässig ungefähr dem Ausfall an Arbeitszeit, den die Verkürzung der wöchentlichen Arbeitszeit um eine Stunde bewirkt. Es leuchtet ohne weiteres ein, dass ein erfahrener Arbeitnehmer diese Ausfallstunde gegenüber einem Neuling längstens wettzumachen vermag.

Die zusätzlichen Ferien haben denn auch meist den Charakter einer Belohnung für geleistete Dienste, Betriebstreue und Zuverlässigkeit, womit sie den Treueprämien und Dienstalterszulagen vergleichbar sind. Es gibt allerdings Arbeitsverhältnisse, wo eine Kompensation durch Erfahrung und Routine nicht möglich ist. Beispielsweise bei Ueberwachungsarbeiten (Portier) oder ganz allgemein bei Arbeiten, die leistungsunabhängig sind oder bei denen die Anwesenheit des Arbeitnehmers im Vordergrund steht.

2.3.2 Arbeitsverhältnis als Berechnungsgrundlage

Die Berechnung der Dienstjahre kann in verschiedener Hinsicht Probleme ergeben. Die Bestimmung der als Dienstjahre anrechenbaren Zeit bleibt der Regelung überlassen, auf welcher der erhöhte Anspruch beruht. Enthält diese keine näheren Vorschriften, so muss durch Auslegung der Gesamtordnung und des Zwecks der Staffelung nach Dienstjahren die massgebende Zeitspanne ermittelt werden.

Gewöhnlich wird auf die Dienstjahre beim gleichen Arbeitgeber abgestellt, so dass die im gleichen Betrieb geleisteten Jahre massgebend sind. Die Zugehörigkeit zum Betrieb, die Betriebserfahrung und die Betriebstreue sollen belohnt werden. Es macht daher keinen Unterschied, ob der Arbeitnehmer seine Arbeit als Lehrling, als Berufsarbeiter, Werkmeister oder in anderer Stellung leistete. In allen Funktionen betätigte er sich im Interesse und zum Nutzen des Betriebs. Beförderungen erfolgen als Anerkennung für die geleistete Arbeit. Damit wäre nicht vereinbar, dass der Arbeitnehmer durch den neuen Vertrag hinsichtlich Dienstjahren in Rückstand geriete.

---

48 vgl. RENGGLI S. 40 ff, TSCHUDI S. 97 sowie Handbuch 1955 S. 443

Entscheidend ist deshalb nicht die bisherige Dauer eines bestimmten Arbeitsvertrages, sondern die des Arbeitsverhältnisses*. Der Arbeitnehmer erleidet aus diesem Grund auch keinen Verlust an Dienstjahren, wenn er von einer Filiale in den Hauptbetrieb überwechselt* oder umgekehrt. Er erleidet auch keinen Nachteil durch einen Wechsel des Arbeitgebers, sofern der Uebergang des Arbeitsverhältnisses nicht abgelehnt wird. Mit der Betriebsübertragung gehen alle Rechte und Pflichten des Arbeitsverhältnisses auf den neuen Arbeitgeber über*.

2.3.3 Dauer des Arbeitsverhältnisses

Da die Dauer des Arbeitsverhältnisses Bemessungsgrundlage bildet, reisst die Kette der Dienstjahre nur bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab. Kurzfristige Unterbrüche der Arbeitsleistung fallen ausser Betracht, solange der Bestand des Arbeitsverhältnisses unangetastet bleibt. Arbeitsverhinderungen durch Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten usw.* hindern den Lauf der Dienstjahre ebensowenig wie ordentliche und ausserordentliche Freizeit. Auch vereinbarte kürzere Arbeitsunterbrüche - witterungs- oder produktionsbedingtes Aussetzen, Kurzarbeit und dergleichen - unterbrechen das Arbeitsverhältnis nicht. Die vereinbarten Arbeitseinschränkungen berechtigen den Arbeitgeber höchstens zur Kürzung des Ferienanspruchs*. Nach herrschender Meinung der schweizerischen Lehre - im Gegensatz zum Ausland, das mit Einsetzen des Arbeitskampfes die Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder die Suspension bis zum Ende des Kampfes annimmt - unterbricht auch ein Arbeitskampf das Arbeitsverhältnis nicht. Der streikende Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber wegen Nichterfüllung des Vertrages bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Schadenersatz zu leisten, während der aussperrende Arbeitgeber in Annahmeverzug gerät und für die ausfallende Zeit Lohn zahlen muss*.

Durch Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird die Zählung der Dienstjahre abgeschlossen. Bei einer nachträglichen Neueinstellung beginnt die Zählung von vorne, da ein neues Arbeitsverhältnis begründet wird. Wegen Rechtsmissbrauchs findet eine Kündigung zur Verhinderung des höheren Anspruchs bei unmittelbarer Neueinstellung keinen Rechtsschutz*. Aus diesem Grunde galt nach baselstädtischem Feriengesetz ein Arbeitsverhältnis als nicht unterbrochen, falls der Arbeitnehmer innerhalb dreier Monate nach erfolgter Auflösung wieder eingestellt wurde*. Vom Gedanken der Belohnung für bewiesene

---

49 vgl. TSCHUDI S. 98 ff, SMOLENSKY S. 42 f, WEBER S. 83

50 Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 28.4.1938 = BlZR 1939 S. 77 f

51 Art. 333 OR, vgl. TSCHUDI S. 100, STREIFF S. 119

52 Art. 324 a OR

53 vgl. TSCHUDI S. 100 ff sowie Internationale Empfehlung über den bezahlten jährlichen Urlaub vom 24.6.1936 (I Ziff. 1)

54 REHBINDER S. 124 f, vgl. Art. 97 ff OR und 324 Abs. 1 OR

55 Art. 2 Abs. 2 ZGB

Betriebstreue her erscheint eine Neuzählung der Dienstjahre gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis gekündigt oder dessen Auflösung verschuldet hat. Endete es jedoch aus andern, nicht von ihm zu vertretenden Gründen, so entfällt diese Rechtfertigung. In beiden Fällen spricht die Betriebserfahrung für eine Anrechnung der bisherigen Dienstjahre. Grundsätzlich wird jedoch ein neues Arbeitsverhältnis mit einem neuen Arbeitsvertrag begründet, der erst nach der vorgesehenen Dauer den erhöhten Anspruch einräumt, es sei denn, abweichende Uebung lasse eine andere Auslegung zu*. 57

So besteht etwa bei Saisonbetrieben, wo für jede Saison immer wieder ein neues Arbeitsverhältnis begründet wird, die Uebung, frühere Dienstzeiten anzurechnen. Eine derartige Zusammenrechnung einzelner Arbeitsperioden von saisonweise beschäftigten Arbeitnehmern sieht ausdrücklich der Landesgesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes vor, unter der Bedingung, dass der Unterbruch zwischen den Arbeitsperioden nicht mehr als zwei Jahre beträgt*. 58

Im Einzelfall kann fraglich sein, ob die Parteien bei einem kurzfristigen Unterbruch die Meinung hatten, das bisherige Arbeitsverhältnis solle weiterdauern, oder ob sie ein neues begründen wollten. Sofern sie bloss von der Möglichkeit eines Wiedereintritts ausgingen, muss das Arbeitsverhältnis als beendigt erachtet werden. Indizien für einen Abbruch sind etwa Ausstellung eines Arbeitszeugnisses, Abmeldung von Gast- oder Saisonarbeitern bei der Fremdenpolizei, Kündigungsschreiben*, eventuell Saldoquittungen, Austrittsleistungen von Personalfürsorgeeinrichtungen und Abgangsentschädigungen. 59

..3.4 Anrechnung früherer Arbeitsleistung

Keine Schwierigkeiten dieser Art erwachsen, wenn die früheren Arbeitsleistungen durchwegs mitgerechnet werden. Die Gesamtarbeitsverträge legen häufig unabhängig von Kündigungen und nachträglichen Neueinstellungen fest, dass frühere Dienstzeit und die Lehrjahre im Betrieb bei der Dienstjahrberechnung mitberücksichtigt werden*. 60
Zum Teil werden die Lehrjahre angerechnet, wenn sie in der gleichen Branche absolviert wurden*. Nicht gebräuchlich ist dagegen 61
die Anrechnung der Dienstjahre als volljähriger Arbeitnehmer in einem andern Betrieb der gleichen Branche. Das Feriengesetz Neuenburgs stellte ganz allgemein auf die "années d'activité salariée" ab. Das Resultat ist aber praktisch gleich wie das der Berechnung nach Altersjahren*, einzig dass der Arbeitnehmer, der regelmässig 62
arbeitet, belohnt wird.

---

56 TSCHUDI S. 100, SMOLENSKY S. 42 f

57 SMOLENSKY (S. 45) geht weiter, indem er frühere Jahre der Betriebszugehörigkeit generell mitzählt, sofern ein neuer Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimme.

58 Art. 7 GAV Gastgewerbe, vgl. auch TSCHUDI S. 100 f

59 Urteil des Appellationsgerichtsausschusses Basel-Stadt vom 3.2.1960 (BJM 1961 S. 319 ff = ARV 1960 S. 1 f)

2.3.5 Beginn des erhöhten Anspruchs

Eine Ordnung, die nach Dienstjahren abstuft, muss namentlich dann klarstellen, auf welchen Zeitpunkt der erhöhte Anspruch in Kraft tritt, wenn der Ferienanspruch pro Kalenderjahr eingeräumt wird. Die Gesamtarbeitsverträge stellen häufig auf die am 1. Januar des Kalenderjahres vollendeten Dienstjahre ab, für das die Ferien gewährt werden. Verbunden mit solchen auf das Kalenderjahr abstellenden Regelungen ist häufig die Anrechnung der Dienstzeit im Eintrittsjahr als vollständiges Dienstjahr, sofern sie über sechs Monate betrug, womit der 1. Juli gewissermassen zu einem Stichtag für die Anciennität wird*. 63

Bei Gewährung des Ferienanspruchs pro Dienstjahr entstehen in der Regel keine Probleme, da der erhöhte Anspruch mit Beginn des neuen Dienstjahres einsetzt. Nur wenn frühere unvollständige Dienstjahre mitberücksichtigt werden, kann der Entstehungszeitpunkt des neuen Anspruchs strittig sein. Dann dürfte mangels anderer Regelung ebenfalls pro rata-Berechnung die angezeigte Lösung darstellen.

Um Missverständnisse zu vermeiden, sind die Voraussetzungen für den höheren Anspruch genau zu formulieren. Anlass zu Ungewissheit gab beispielsweise eine Bestimmung, wonach der höhere Anspruch "ab dem 2. Dienstjahr" bestehe. Diese Formulierung wurde gerichtlich so ausgelegt, dass nicht erst nach zwei vollen Dienstjahren, sondern bereits für das zweite Dienstjahr der höhere Anspruch bestehe*. 64

2.4 Kombination von Alters- und Dienstjahren

Zweckmässig und auch häufig in Gesamtarbeitsverträgen anzutreffen sind Ordnungen, die sowohl nach Alter als auch nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses abstufen. Sofern der Arbeitnehmer mit mehr Dienstjahren eher in den Genuss des erhöhten Ferienanspruchs kommt als sein gleichaltriger Kollege mit weniger langer Betriebszugehörigkeit, wird der altersbedingten Erholungsbedürftigkeit wie auch der Betriebstreue Rechnung getragen*. 65

---

60 z.B. Art. 21.1 GAV Spengler- und Installationsgewerbe, wobei
61 auf ganze Jahre auf- oder abgerundet wird.
z.B. Art. 42 Friedensabkommen Maschinenindustrie oder Art. 9
62 GAV Carrosseriegewerbe
RENGGLI S. 42; 63 z.B. Art. 41 Friedensabkommen Maschinenindustrie, Art. 9 GAV Carrosseriegewerbe, Art. 21.1
64 GAV Spengler- und Installationsgewerbe
65 Urteil des Zürcher Obergerichts (BlZR 1950 Nr. 100)
So gewährt z.B. Art. 40 Friedensabkommen Metallindustrie die 4. Ferienwoche ab 16. Dienstjahr oder nach zurückgelegtem 40. Altersjahr und Art. 18.1 GAV Holzindustrie ab 21. Dienstjahr oder 50. Altersjahr und 5 Dienstjahren. Dagegen beträgt der Anspruch nach Art. 21 GAV Hoch- und Tiefbau durchwegs 3 1/2 Wochen oder 7 % des Bruttolohns.

2.5 Abstufung nach Qualifikation

Mitunter werden Ausbildung, Berufserfahrung, Verantwortung und ähnliche qualifizierende Elemente berücksichtigt. Fest angestellte Arbeitnehmer haben oft grössere Ansprüche als Hilfskräfte, qualifizierte grössere als ungelernte. Der Grund der Bevorzugung liegt hauptsächlich in der stärkeren beruflichen Beanspruchung und im damit verbundenen gesteigerten Erholungsbedürfnis. So gewähren etwa Beamtenordnungen höhere Ansprüche von einer bestimmten Besoldungsklasse an aufwärts*. In privatrechtlichen Ordnungen 66
kommt gelegentlich die Anrechnung der Ausbildung an die Dienstjahre vor, beispielsweise nach folgender Skala*: Hochschulab- 67
schluss 5 Dienstjahre, Abschluss einer höheren Lehranstalt 4 Dienstjahre, Mittelschulabschluss 2 Dienstjahre, Abschluss einer Berufslehre in einem anderen Betrieb 1 Dienstjahr. Mit einer solchen Anrechnung wird auch der dienstjahresmässige Nachteil des Arbeitnehmers, der sich weitergebildet hat, gegenüber seinem Kollegen mit fortdauernder Dienstzeit wettgemacht.

2.6 Abstufung nach Gefahr und Anstrengung der Arbeit

Besonders anstrengende oder gesundheitsgefährdende Arbeiten erhöhen das Bedürfnis nach Ferien. Arbeitnehmer, die dauernd Schicht-, Nacht- oder Sonntagsarbeit leisten müssen, die ihre Arbeit dauernd sitzend verrichten oder ständig Hitze, Staub, Nässe, gefährlichen Stoffen und andern ungünstigen Einflüssen ausgesetzt sind, haben vom gesundheitlichen Standpunkt aus mehr Ferien nötig als diejenigen, die unter günstigen Bedingungen arbeiten können*. Diesem Um- 68
stand wird in der schweizerischen Praxis kaum Rechnung getragen. Ein Ansatz ist im Normalarbeitsvertrag für das Erziehungspersonal von Heimen und Internaten zu erblicken, der - wohl hauptsächlich als Gegenleistung für die hohe wöchentliche Arbeitszeit, nicht zuletzt aber auch für die nervenbeanspruchende Tätigkeit - allgemein vier Wochen, ab 30. Altersjahr oder fünf Dienstjahren fünf Wochen und ab 40. Altersjahr oder 10 Dienstjahren sechs Wochen Ferien vorsieht*. Berücksichtigung fanden die Umweltbedingungen ausdrücklich 69
in einem schwedischen Gesetz vom 29. Juni 1946, indem dort für jeden Arbeitsmonat allgemein ein Tag, Bergarbeitern und Arbeitnehmern mit mindestens vier Stunden Nachtarbeit oder Arbeit in dunklem Raum anderthalb Tage und Röntgenstrahlen oder radioaktiven Strahlungen ausgesetzten Arbeitnehmern drei Tage Ferien garantiert wurden*. 70

---

66 z. B. Bundesbeamte ab 5. Besoldungsklasse 4 statt 3 Wochen (Art. 60 Abs. 1 BO)

67 SCHENK S. 160

68 TSCHUDI S. 61, 70, 93, 96, 138

69 SS 221.215.324.1

70 TSCHUDI S. 95

3. Umfang normal- und gesamtarbeitsvertraglicher Ansprüche

3.1 Problematik der Gleichwertigkeit

3.1.1 Grundsatz

Durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den Vorschriften der Artikel 329 a, 329 b und 329 c Abs. 1 OR (Dauer, Kürzung und Zusammenhang der Ferien) abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer im ganzen mindestens gleichwertig ist*. Bereits die Feriengesetze der Kantone liessen Abweichungen durch gesamtarbeitsvertragliche Regelung zu, zum Teil ohne Erfordernis der Gleichwertigkeit (Waadt), zum Teil unter Garantie eines Minimums (Solothurn, Zug), zum Teil unter Voraussetzung der Gleichwertigkeit (Schwyz, Neuenburg), zum Teil unter der Bedingung, dass die privatrechtliche Ordnung günstiger war (Genf), zum Teil durch qualifizierte Rechtsverordnung einer kantonalen Behörde (Tessin, Basel-Stadt und Basel-Land)*. 71 72

Die obligationenrechtliche Regelung setzt Gleichwertigkeit im ganzen voraus. Der normal- oder gesamtarbeitsvertragliche Anspruch muss nicht für jeden einzelnen Arbeitnehmer gleichwertig sein, sondern nur die Gesamtordnung gleichwertig dem gesetzlichen Anspruch. Massgebend für die Gleichwertigkeit ist auch nicht die Gesamtheit der Arbeitnehmer, sondern lediglich die Ordnung in ihrer Gesamtheit. Die Entstehung des französischen Textes zeigt dies deutlich. Er lautete ursprünglich "à la condition d'offrir une réglementation au moins équivalente pour l'ensemble des travailleurs", wurde dann aber geändert in "d'offrir, dans l'ensemble, une réglementation au moins équivalente pour les travailleurs"*. Für den einzelnen Arbeitnehmer oder sogar für die Mehrheit der Arbeitnehmer kann der normal- oder gesamtarbeitsvertragliche Anspruch ungünstiger sein als der gesetzliche*. 73 74

Bis zum Inkrafttreten des revidierten Arbeitsvertragsrechts im Jahre 1972 konnte durch Normalarbeitsvertrag beliebig vom gesetzlichen Anspruch abgewichen werden. Der Entwurf des Jahres 1967 verzichtete auf die Gleichstellung von Normal- und Gesamtarbeitsvertrag hinsichtlich Gleichwertigkeit. In der parlamentarischen Debatte setzte sich dann aber die Meinung durch, dass auch durch Normalarbeitsvertrag nur unter der erschwerten Bedingung der Gleichwertigkeit von der gesetzlichen Ordnung abgewichen werden dürfe*. 75

---

71 Art. 329 e OR; 72 RENGGLI S. 84 ff
73 Amtl. Bull. NR 1970 S. 730, StR 1971 S. 65
74 vgl. Amtl. Bull. NR 1969 S. 801. Unrichtig STREIFF S. 93 f
75 Botschaft 1967 S. 113, Amtl. Bull. NR 1969 799 ff

Gründe für die Möglichkeit abweichender Regelung durch Normal- und Gesamtarbeitsvertrag waren bestimmte Modalitäten, die sich in der Praxis der Feriengewährung entwickelt hatten, wie etwa die Staffelung der Feriendauer nach Alter und Dienstzeit, die Bemessung und Erteilung der Ferien in Form von Prozenten des Bruttolohns oder der Einbezug von Entschädigungen für Feiertage und ausserordentliche Freizeit in die Ferienregelung*. Bestimmend 76
waren auch der Subsidiaritätsgedanke, wonach der Staat nur dort eingreifen soll, wo privatrechtliche Institututionen nicht bessere Regelungen treffen können, sowie Ueberlegungen der Erhaltung des Willens zur Selbstverantwortung der Arbeitnehmer*. 77

3.1.2 Umfang der Abweichung

Eine normal- oder gesamtarbeitsvertragliche Regelung darf nur von den Vorschriften der Artikel 329 a, 329 b und 329 c Abs. 1 OR abweichen. Der Umfang der möglichen Abweichung ist also beschränkt auf die relativ zwingenden Bestimmungen betreffend Dauer, Karenzfrist, pro rata-Anspruch, Kürzung, Zusammenhang und letztmöglichen Zeitpunkt.

Bei der Revision wollte eine Minderheit im Nationalrat abweichende Bestimmungen hinsichtlich Feriendauer ausklammern, um das gesetzliche Minimum durchwegs zu gewährleisten. Der Antrag unterlag jedoch*. Die Frage ist heute mehr oder weniger gegenstandslos, 78
da praktisch alle Gesamtarbeitsverträge ein Ferienminimum von 3 Wochen kennen* und die Normalarbeitsverträge den gesetzlichen 79
Mindestanspruch nicht unterschreiten.

Ausgeklammert blieben die Lehrlinge und die Heimarbeiter. Abweichende, im ganzen gleichwertige Regelungen sind für diese Arbeitnehmerkategorien unzulässig. Erstens verweist Artikel 329 e Absatz 1 OR weder auf Art. 345 a Abs. 3 noch auf Art. 353 c OR, und zweitens bleiben nach Artikel 329 Absatz 2 OR die Ferienvorschriften beim Lehr- und Heimarbeitsverhältnis ausdrücklich vorbehalten. Eine auf Ferienprozenten basierende Ordnung kann auf Lehrlinge nicht Anwendung finden. Ihr Mindestanspruch darf nicht zugunsten wesentlich erweiterter Ferien in späteren Jahren unterschritten werden. Dass diese Möglichkeit nicht besteht, rechtfertigt sich mit dem höheren Ferienbedürfnis Minderjähriger. Nicht einzusehen ist aber die unterschiedliche Behandlung von Lehrlingen und jugendlichen Arbeitnehmern, für welch letztere das Minimum bei Gleichwertigkeit der Gesamtordnung unterschritten werden darf*. Ferner ist unver- 80
ständlich, weshalb eine derartige Staffelung für Heimarbeiter nicht

---

76 vgl. Amtl. Bull. NR 1969 S. 801, SCHWEINGRUBER S. 186 ff
77 WUETHRICH S. 158 f
78 mit 74 : 57 Stimmen (Amtl. Bull. NR 1969 S. 799 ff)
79 Volkswirtschaft, Sonderheft Nr. 87, S. V

zulässig ist, und weshalb für solche, die ununterbrochen im Dienste des Arbeitgebers stehen, eine Regelung mit Ferienprozenten unmöglich ist. Weder in den Botschaften zum Arbeitsgesetz und zur Revision des Arbeitsvertragsrechts noch in den parlamentarischen Beratungen der entsprechenden Artikel wurde auf das Problem gleichwertiger Ferienbestimmungen für Lehrlinge und Heimarbeiter eingegangen. Der Schluss liegt deshalb nahe, dass die Gleichstellung mit der allgemeinen Regelung unbewusst unterlassen wurde. SCHWEINGRUBER* nimmt eine ungewollte Lücke an 81
und erachtet abweichende gleichwertige Regelung im Sinne von Artikel 329 e OR als zulässig. Angesichts des ausdrücklichen Vorbehalts der Sondervorschriften für das Lehr- und Heimarbeitsverhältnis in Artikel 329 e Absatz 2 OR verstösst jedoch eine derartige Gleichstellung gegen das Gesetz, da gar keine echte Lücke vorliegt.

Infolge der abschliessenden Aufzählung in Artikel 329 e des Obligationenrechts dürfen gleichwertige Ordnungen nicht von der gesetzlichen Vorschrift betreffend Ferienlohn, Abgeltungsverbot und Schwarzarbeit (Art. 329 d OR) abweichen. Ein Abweichen von dieser Vorschrift wäre überdies unerlaubt, da sie absolut zwingend, also weder zugunsten noch zuungunsten des Arbeitnehmers abänderlich ist*. Möglich ist einzig, bei Naturallohn die zahlenmässige 82
Festlegung der "angemessenen" Entschädigung, vorbehältlich richterlicher Ueberprüfung der Angemessenheit. Fragwürdig sind dagegen Bestimmungen über die Berechnungsweise des auf die Ferien entfallenden Lohnes. Feste, von der geleisteten Arbeit unabhängige Entschädigungen müssen als unzulässig erachtet werden, da sie nicht den gesamten auf die Ferien entfallenden Lohn darstellen. Kaum anders liegen die Verhältnisse bei Regelungen, die auf den Durchschnittsverdienst einer vor den Ferien liegenden Arbeitsperiode abstellen (z. B. durchschnittlicher Taglohn der letzten ein bis sechs Monate), da der "gesamte" Lohn von den so ermittelten Werten abweichen kann*. Bei Streitigkeiten müsste der Richter den ge- 83
samten auf die Ferien entfallenden Lohn unabhängig von normal- oder gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen bestimmen. Soweit normal- oder gesamtarbeitsvertragliche Vorschriften betreffend Ferienlohn, Abgeltungsverbot oder Schwarzarbeit sinngemäss nicht mit der obligationenrechtlichen Regelung übereinstimmen, sind sie nichtig. Damit ist ausgeschlossen, dass ein höherer Ferienlohn die Verkürzung des Mindestanspruchs zu einer gleichwertigen Regelung auszugleichen vermöchte. Verkürzte Ferien für höheren Ferienlohn verstiessen gegen das Abgeltungsverbot. Umgekehrt kann eine längere Feriendauer auch nicht verminderten Ferienlohn wettmachen, da

---

80 Zu weit geht die Ansicht von H. THALMANN-ANTENEN (S. 213), wonach die Reduktion des gesetzlichen Minimums für Jugendliche und Lehrlinge mit späterer Kompensation generell unzulässig
81 sein dürfte, da bei Jugendlichen an sich diese Möglichkeit besteht.
82 S. 384 f
83 Art. 361 OR, vgl. 5. Kapitel B III 1. 2 hienach
vgl. H. THALMANN-ANTENEN S. 214 sowie 5. Kapitel B III 2 hienach

sonst der Arbeitnehmer für einen Teil seiner Ferien unbezahlt bliebe*. Bei der Prüfung der Gleichwertigkeit fallen deshalb Bestimmungen über Lohnzahlung, Abgeltungsverbot und Schwarzarbeit ausser Betracht. 84

3.1.3 Beurteilung der Gleichwertigkeit

Bei einem Gesamtarbeitsvertrag stellen in erster Linie die Parteien die Gleichwertigkeit fest. Sie schliessen den Vertrag als autonome Partner ab, wobei die Arbeitnehmerverbände in aller Regel danach trachten, die gesetzlichen Ansprüche nicht aus der Hand zu geben. Die Parteien kennen die Verhältnisse in ihrer Branche am besten. Sie sind am ehesten in der Lage, zu beurteilen, welche Ferienordnung für sie die günstigste ist. Auf diese Weise ist bereits beim Vertragsschluss die Gleichwertigkeit der gesamtarbeitsvertraglichen Ordnung garantiert.

Wird der Gesamtarbeitsvertrag allgemeinverbindlich erklärt, so hat auch die zuständige Behörde bei der Prüfung die Gleichwertigkeit zu untersuchen. Beim Erlass von Normalarbeitsverträgen sorgt ebenfalls die zuständige Behörde für eine gleichwertige Ferienordnung.

In allen Fällen urteilt jedoch der Zivilrichter nach freiem Ermessen endgültig über die Gleichwertigkeit. Er ist weder an die Beurteilung der Parteien noch an das Prüfungsergebnis der Behörden gebunden. In der Praxis dürfte die Anzweiflung der Gleichwertigkeit vor dem Zivilrichter selten vorkommen. Zudem fehlen diesem meistens die Kenntnisse der Branchenverhältnisse. Er ist in dieser Beziehung weitgehend von Auskünften der Parteien abhängig. Die richterliche Beurteilung wird deshalb wohl eine bloss summarische sein, die sich vorwiegend auf allgemeine Kriterien stützt. Sofern der Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag nicht offensichtlich eine ungünstigere Ferienordnung enthält, wird der Richter darauf vertrauen, dass die Sonderordnung von den sachkundigen Beteiligten einer bestimmten Branche im Interesse der Arbeitnehmer getroffen wurde*. 85

Nicht gleichwertige Ferienordnungen sind nichtig. Falls die Ferienbestimmungen einen grundlegenden Bestandteil eines Gesamtarbeitsvertrages ausmachen, ist sogar dessen vollumfängliche Nichtigkeit möglich*. 86

3.1.4 Beurteilungskriterien

Die abweichende Ferienordnung im Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag ist als Ganzes zu prüfen. Vor- und Nachteile sind gegeneinander abzuwägen*. Gegenüberzustellen sind die Bestimmungen 87

---

84 vgl. NIKISCH S. 447; 85 vgl. A. HEIL, Die Anpassung des kantonalen Rechts an die eidgenössische Ferienregelung (NAEGELI S. 165) und CANNER-SCHOOP N 18 zu Art. 64 ArbG

86 Art. 20 OR

betreffend Dauer, Karenzfrist, pro rata-Anspruch, Kürzung und letztmöglichen Zeitpunkt. Eine längere Feriendauer kann eine längere Karenzfrist, eine radikalere Kürzung und andere Nachteile aufwiegen. Eine verkürzte Karenzfrist vermag unter Umständen einen Abzug beim pro rata-Anspruch wettzumachen oder eine kürzere Ferienperiode eine längere Karenzfrist usw.

Im Vordergrund steht natürlich die Dauer der Ferien. Beim Vergleich der Feriendauer ist die abweichende Regelung den massgebenden kantonalen Ansprüchen gegenüberzustellen, so dass eine Regelung in einem Kanton als gleich-, im andern dagegen als minderwertig erscheinen kann. Diesem Umstand trägt der Landesgesamtarbeitsvertrag für das Coiffeurgewerbe Rechnung, indem er den grundsätzlich geltenden Mindestanspruch von zwei Wochen im ersten und zweieinhalb Wochen im zweiten bis vierten Dienstjahr für 19 Kantone mit erweiterten Mindestferien auf drei Wochen erhöht. Sonst wäre fraglich, ob die Sonderordnung gesamtschweizerisch als gleichwertig bezeichnet werden könnte, da sie die dritte Ferienwoche erst ab fünftem Dienstjahr und die vierte erst ab 15. Dienst- oder 40. Altersjahr gewährt.

Eine gerechte Feststellung der Gleichwertigkeit abgestufter Ferienansprüche ist äusserst schwierig, da die Branchenverhältnisse im einzelnen untersucht werden müssen. Man ist geneigt, der Einfachheit halber auf das arithmetische Mittel der einzelnen Ferienansprüche eines Arbeitnehmers bis zu seinem Pensionsalter abzustellen. Diese Berechnungsweise ist zu einfach. Sie wäre nur richtig, wenn alle Arbeitnehmer zeitlebens beim gleichen Arbeitgeber oder - bei Abstufung nach Alter - in der vom Gesamtarbeitsvertrag erfassten Branche arbeiteten. Bei einem Stellenwechsel verliert der Arbeitnehmer gewöhnlich die mit den Dienstjahren verbundenen Ferienvorteile. Für junge Arbeitnehmer, die oft die Stelle wechseln, um vorwärts zu kommen, sind Ordnungen ungünstig, die anfänglich das gesetzliche Minimum unter-, später dann aber stärker überschreiten*. 88
Ebenso können solche Ordnungen Arbeitnehmer benachteiligen, die nach einer bestimmten Zeit wegen der Beanspruchung oder Eintönigkeit der Arbeit die Branche wechseln, ohne in den Genuss des ausgleichenden Mehranspruchs gekommen zu sein. Zum genauen Vergleich muss daher auch der Anzahl Anspruchsberechtigten jeder Alters- oder Dienstjahreskategorie Rechnung getragen werden. Anzuwenden ist also nicht das arithmetische, sondern das gewogene Mittel der Einzelansprüche jeder Kategorie mit gleichem Anspruch*. Das 89
BIGA schlägt einen Vergleich nach folgender Tabelle* vor: 90

---

87 vgl. Botschaft zum Arbeitsgesetz, Bbl 1960 II S. 1021

88 vgl. Bbl 1960 II 1021

89 vgl. Bbl 1960 II 1021, CANNER-SCHOOP N 18 zu Art. 64 ArbG

90 ARV 1968, S. 8 ff

Altersklassen		Dauer der Ferien			
Anzahl Arbeitnehmer	Alter/Jahre	jährlicher Anspruch	total je Arbeitnehmer	aller Arbeitnehmer pro Altersklasse	im Jahresmittel
40	20 - 29	1,5 Wochen	15 W. in 10 Jahren	600 W. in 400 Dj.	
30	30 - 39	1,5 "	15 W. in 10 "	450 W. in 300 Dj.	2'925 Wochen / 1'480 = 1,9 W.
30	40 - 44	2,0 "	10 W. in 5 "	300 W. in 150 Dj.	
30	45 - 65	2,5 "	52,5 W. in 21 "	1'575 W. in 630 Dj.	nicht gleichwertig mit 2 Wochen
				2'925 W. in 1'480 Dj.	

Mit Recht wurde gegen eine derartige Berechnungsweise eingewendet, sie sei völlig unpraktisch*. Für jeden Einzelfall müsste die Gleichwertigkeit nach der Arbeitnehmerstruktur neu beurteilt werden. Selbst in ein und derselben Branche müsste des ständigen Wechsels wegen von Zeit zu Zeit der Gleichwertigkeitsvergleich neu vorgenommen werden. Die Praxis müsse einen einfacheren, von weniger Zufälligkeiten abhängigen Weg suchen, möglicherweise das summarische und mehr gefühlsmässige Prüfungsverfahren wie unter der Herrschaft der kantonalen Feriengesetze, das wegen des weiten Ermessenspielraums allerdings am Nachteil der Willkür leide*. 91 92

Gleichwertigkeit könnte vereinfacht durch Beantwortung folgender Doppelfrage bestimmt werden: Wieviele Dienstjahre muss ein Arbeitnehmer zurücklegen oder welches Alter muss er erreichen, bis er die anfänglichen Rückstände gegenüber dem gesetzlichen Anspruch wettmachen kann, und verwirklicht die Mehrheit der dem Gesamtarbeitsvertrag unterstellten Arbeitnehmer jemals diese Voraussetzungen? Mit dieser Kurzformel lassen sich jedenfalls unzweifelhafte Regelungen rasch ermitteln.

Nach SCHWEINGRUBER* ist angesichts des geringen gesetzlichen Minimums ein Unterschreiten der Mindestansätze überhaupt nicht zu verantworten. Die Frage hat heute an Bedeutung verloren, da die Gesamtarbeitsverträge sozusagen lückenlos das dreiwöchige Ferienminimum eingeführt haben*. Das Gleichwertigkeitsproblem könnte jedoch wieder aktuell werden, sofern der gesetzliche Ferienanspruch erhöht würde. 93 94

3.2 Ferienprozente

Bei Arbeitsverhältnissen mit unterschiedlichem Arbeitsanfall und nur zeitweiser Beschäftigung bietet oft die verhältnismässige Berechnung der Feriendauer und namentlich die Bestimmung des Ferienlohnes Schwierigkeiten. Die Gesamtarbeitsverträge von Branchen mit unregelmässiger Arbeit sind deswegen schon früh dazu übergegangen, die Ferien nicht nach Wochen, sondern nach Lohnprozenten zu gewähren. Der Prozentsatz wird regelmässig auf den Bruttolohn bezogen und bestimmt sich nach dem Anteil, den der Lohn für die jährliche Feriendauer vom Arbeitslohn während des ganzen Jahres ausmacht.

---

91 Zusätzliche Schwierigkeiten entstehen, wenn die kantonale Regelung - wie z.B. diejenige Aargaus - ebenfalls nach Altersklassen abstuft (vgl. ARV 1968 S. 8 ff)

92 SOVILLA S. 263. Er zieht deshalb trotz allem das Abstellen auf
93 den nicht gewogenen Skalendurchschnitt vor.

93 Das neue Arbeitsvertragsrecht (GewRS 1972 S. 39)

94 vgl. Volkswirtschaft, Sonderheft Nr. 87, S. V

Ein Arbeitnehmer mit festem Lohn während der rund 52 Wochen des Jahres bezieht bei einem zweiwöchigen Ferienanspruch den Lohn für 2 Wochen als Ferien- und für die restlichen 50 Wochen als Arbeitslohn. Sein Ferienlohn beträgt also 2/50 oder 4 Prozent des Arbeitslohnes. Bei einem Anspruch auf 3 Ferienwochen beträgt der Ferienlohn 3/49 oder ca. 6,12 Prozent des Arbeitslohnes, bei einem solchen auf vier Wochen 4/48 oder ca. 8,333 Prozent, usw.*. Es fällt auf, dass sich die Prozentsätze nicht im direkten Verhältnis zur Feriendauer vergrössern, dass also 6 Prozent nicht ganz drei und 8 Prozent nicht ganz vier Wochen entsprechen, obwohl gemeinhin je 2 Prozent einer Ferienwoche gleichgestellt werden. 95

Die Ferienprozente lassen sich nach folgender Formel in Ferienwochen zurückverwandeln:

$$\text{Ferienwochen} = \frac{52 \times \text{Anzahl Prozente}}{100 + \text{Anzahl Prozente}}$$

Verbreitet sind Ferienregelungen mit Bruttolohnprozenten im Baugewerbe (z. B. Hoch- und Tiefbau durchwegs dreieinhalb Wochen für Arbeitnehmer im Wochen- oder Monatslohn oder 7 % des Bruttolohns - Lohn plus Zuschläge, plus Feiertagsentschädigungen - für Arbeitnehmer im Stundenlohn*, ferner Maler- und Gipsergewerbe vier Wochen oder 8 1/2 % des Bruttolohns - normale Arbeitsstunden plus Ueberstunden plus Ueberzeitzuschläge - für Arbeitnehmer im Stundenlohn*) Die Ordnungen, die auf Lohnprozenten beruhen, stufen den Anspruch in aller Regel weder nach Dienst- oder Altersjahren, noch nach andern Kriterien ab. Sie sehen durchwegs den gleichen Anspruch vor, obwohl auch bei einer Prozentregelung die Abstufung möglich wäre. 96 97

Der Gesetzgeber hat sich der Regelung mit Lohnprozenten für den mit Unterbrüchen arbeitenden Heimarbeiter bedient. Da die für eine pro rata-Berechnung massgebende Arbeitsdauer nicht genau bestimmt werden könnte, zog er die Prozentlösung vor. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer als Ferienvergütung jedes Jahr im Juli wenigstens vier Prozent des Lohnes der vergangenen zwölf Monate zu entrichten*. Dieser Prozentsatz entspricht dem allgemeinen obligationenrechtlichen Minimum von zwei Wochen. Mangels gesetzlicher Grundlage können die Kantone nicht einen erhöhten Prozentsatz vorschreiben, der einer bis zu drei Wochen reichenden Feriendauer 98

---

95 vgl. Beispiel in Zahlen: ARV 1972 S. 31

96 Art. 22 GAV Hoch- & Tiefbau

97 Art. 8.1 GAV Maler- & Gipsergewerbe, vgl. auch Volkswirtschaft, Sonderheft Nr. 87, S. 7 ff

98 Art. 353 c Abs. 2 OR

entspräche. Nur der ununterbrochen im Dienste des Arbeitgebers stehende Heimarbeiter kommt deshalb in den Genuss der kantonal verlängerten Ferien*. Die Botschaft zur Revision des Arbeitsvertragsrechts stellte sich zwar auf den Standpunkt, dass dem Heimarbeiter bei kantonaler Heraufsetzung der Mindestferien eine erhöhte Prozentvergütung auszurichten sei*. Wegen der Gegenüberstellung des ununterbrochenen Heimarbeitsverhältnisses, für welches ausdrücklich auf die allgemeine Ordnung verwiesen wird, mit den "andern Fällen" lässt sich diese Auffassung nicht mit dem Wortlaut von Art. 353 c OR vereinbaren*. 99 100 101

3.3 Normalarbeitsvertragliche Regelungen

Die Normalarbeitsverträge enthalten - wenn sie überhaupt auf die Ferien eingehen - meist ein dreiwöchiges Ferienminimum und sehen zum Teil nach Alters- oder Dienstjahren abgestufte weitere Ansprüche vor*. Sehr weit geht der Normalarbeitsvertrag für das Erziehungspersonal in Heimen und Internaten mit einem Mindestanspruch von vier Wochen, fünf Wochen ab 30. Altersjahr oder fünf Dienstjahren beim gleichen Arbeitgeber sowie sechs Wochen ab 40. Altersjahr oder 10 Dienstjahren. 102

3.4 Gesamtarbeitsvertragliche Regelungen

Die gesamtarbeitsvertraglichen Ferienansprüche befinden sich in ständiger Fortentwicklung. Schon 1970 gab es keine Verträge mehr, die ein Ferienmaximum von weniger als drei Wochen vorsahen. In rund 75 % der Verträge ist heute ein Ferienmaximum von vier Wochen und bereits in 7 % der Verträge ein solches von fünf Wochen verankert. Nur noch in etwa 8 % der Verträge beschränkt sich die Höchstdauer auf drei Wochen. In den sieben Kantonen, die noch ein gesetzliches Ferienminimum von zwei Wochen kennen, sehen lediglich fünf Verträge nicht schon ab erstem Dienstjahr drei Wochen Ferien vor*. Die folgende Aufstellung* der maximalen gesamtarbeitsvertraglichen Ferienansprüche der Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und der Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr zeigt die Verbesserung in den letzten Jahren deutlich: 103

---

99 Art. 353 c Abs. 1 OR

100 Botschaft 1967 S. 178

101 STREIFF (S. 209) ist zwar auch für die Erhöhung des Prozentsatzes, da nur so dem Sinn der Ferienverlängerung entsprochen und eine gewisse Gleichstellung der Heimarbeiter mit allen andern Arbeitnehmern erreicht werde.

102 vgl. im einzelnen Verzeichnis der NAV (Anhang)

103 Zusammenstellung des BIGA gestützt auf 293 zweiseitig-korporative Gesamtarbeitsverträge (Landes-, Landesteil-, Kantonal-, Regional- und Ortsverträge), Volkswirtschaft Sonderheft Nr. 87 S. IV f

Maximale Ferienansprüche in Prozenten der untersuchten Gesamtarbeitsverträge

Jahr	2 Wo.	2 1/2 Wo.	3 Wo.	3 1/2 Wo.	4 Wo.	4 1/2 Wo.	5 Wo.
1962	0,5	20,5	64,7	3,2	10,6	0	0,5
1970	0	0	23,2	13,6	62,9	0,3	0
1974	0	0	8,2	9,5	75,1	0	7,2

1974 gewährten 96 % der Verträge mit einem Maximum von drei Wochen und 100 % der Verträge mit einem solchen von dreieinhalb Wochen den Höchstanspruch bereits ab erstem Dienstjahr. Von den Verträgen mit vierwöchigem Maximum räumten 6,5 % dasselbe ab erstem, 17,7 % ab 16., 39,8 % ab 21., 7 % ab 25. und 3,8 % ab 26. Dienstjahr ein. Das fünfwöchige Maximum wurde in 4,8 % ab 21. Dienstjahr, in 9,5 % ab 25., in 4,8 % ab 26. Dienstjahr sowie in 23,8 % ab 51. bis 55. und in 57,1 % ab 56. bis 61. Altersjahr erteilt*. In den meisten Fällen erhielten also 1974 die den Gesamtarbeitsverträgen unterstellten Arbeitnehmer anfänglich drei Wochen und nach etwa 20 Dienstjahren vier Wochen Ferien. 103

Die günstigsten Ferienansprüche bestehen heute im graphischen Gewerbe mit vier Wochen zum Teil als Minimum, zum Teil ab 20. oder 25. Altersjahr sowie fünf Wochen ab 50. Altersjahr. Die fünfte Ferienwoche kennen die chemische Industrie, das Bankgewerbe, das Dachdeckergewerbe, die Schokoladeindustrie und verschiedene andere Branchen in einigen Kantonen*. Ferner findet sich die fünfte Ferienwoche in einigen kantonalen oder kommunalen Beamtenordnungen sowie in Firmenverträgen grosser Unternehmen wie etwa der Migros oder Coop-Schweiz sowie der Swissair für das Kader*. 104 105
Die Beamtenordnung I des Bundes und das Arbeitszeitgesetz räumen die fünfte Woche ab 55. Altersjahr ein*. 106

In den Gesamtarbeitsverträgen fehlen meistens Sondervorschriften für minderjährige Arbeitnehmer, weil diese Arbeitnehmerkategorie noch nicht den Verbänden beigetreten ist*. 107

---

103 Zusammenstellung des BIGA gestützt auf 293 zweiseitig-korporative Gesamtarbeitsverträge (Landes-, Landesteil-, Kantonal-, Regional- und Ortsverträge), Volkswirtschaft Sonderheft Nr. 87 S. IV f

104 vgl. Volkswirtschaft Sonderheft Nr. 87 S. 7 ff

105 vgl. Botschaft zur Revision des Arbeitszeitgesetzes (Bbl 1971 I 454 f). Vier Kantone erachteten übrigens im Vernehmlassungsverfahren die Einführung der 5. Ferienwoche im Arbeitszeitgesetz als verfrüht (Bbl 1971 I 458).

4. Einzelarbeitsvertraglicher Ferienanspruch

Den Arbeitsvertragsparteien ist unbenommen, den gesetzlichen Mindestanspruch oder einen normal- oder gesamtarbeitsvertraglichen Anspruch durch Abrede zu erhöhen. Die Erhöhung des Anspruchs kann ausdrücklich oder auch stillschweigend vereinbart werden. Mangels ausdrücklicher Regelung der Feriendauer im einzelnen Arbeitsverhältnis ist nicht einfach das gesetzliche Minimum oder der normal- oder gesamtarbeitsvertragliche Anspruch massgebend. Vielmehr muss, namentlich bei abweichender Uebung, das Vorhandensein eines andern übereinstimmenden Parteiwillens geprüft werden. Wie bei der Normalarbeitszeit können durch regelmässige Gewährung oder aufgrund ähnlicher Umstände längere Ferien Vertragsbestandteil werden*. 108

---

106 Art. 60 BO und Art. 14 ArbZG

107 TSCHUDI S. 169 ff

108 vgl. 4. Kapitel A I 2.2 hievor

I. Berechnung des Ferienanspruchs

Jahresanspruch

1 Dienstjahr oder Kalenderjahr

Der Ferienanspruch wird normalerweise auf eine Arbeitsperiode von einem Jahr bezogen. Das Gesetz schreibt Gewährung für jedes Dienstjahr vor*. Der Anspruch beginnt also mit dem Eintrittstag des Arbeitnehmers in den Betrieb anzuwachsen und ist nach einjähriger Dauer des Arbeitsverhältnisses vollständig erworben. Auch die Probezeit ist auf das erste Dienstjahr anzurechnen*. Die sich auf Dienstjahre stützende Regelung befriedigt in der Praxis nicht ganz. In grösseren Betrieben muss umständlich für jeden einzelnen Arbeitnehmer ständig auf das Eintrittsdatum zurückgegriffen werden. Einheitlichkeit und Uebersichtlichkeit fehlen. Der Arbeitnehmer berechnet nach einiger Dauer des Arbeitsverhältnisses seine Ferien nicht nach Dienstjahren, sondern er prüft, welchen Anspruch er in einem bestimmten Kalenderjahr habe. 1 2

Viele Betriebe und Gesamtarbeitsverträge sind deshalb dazu übergegangen, die Ferien pro Kalenderjahr zu gewähren. Der Anspruch wächst dann ab 1. Januar eines jeden Jahres an und ist am 31. Dezember restlos erworben. Für das Eintrittsjahr erfolgt pro-rata-Berechnung. Auch das Bundesurlaubsgesetz Deutschlands beruht auf dem Kalenderjahr als Urlaubsjahr*. Die Berechnung nach Kalenderjahren ermöglicht Gegenüberstellung und Vergleich der Ansprüche der einzelnen Arbeitnehmer und eine rationelle Zuteilung durch Betriebspläne für die gesamte Belegschaft, da für alle Arbeitnehmer das gleiche Bemessungsjahr gilt. 3

Die Bemessung nach Kalenderjahren ist einer solchen nach Dienstjahren gleichwertig. Sie kann in Gesamtarbeitsverträgen ohne weiteres vorgesehen werden. In Einzelarbeitsverträgen ist wegen der Unabänderlichkeit zuungunsten des Arbeitnehmers* darauf zu achten, dass der Ferienanspruch spätestens im folgenden Dienstjahr zu erteilen ist. Ein Aufschub bis gegen das Ende des folgenden Kalenderjahres wäre also unzulässig. 4

2 Wochen, Tage oder Stunden

Das Gesetz bemisst den Ferienanspruch nach Wochen. Damit wollte es sowohl für Arbeitnehmer mit typischer als auch für solche mit atypischer Arbeitszeit wie Fünf- und Sechstagewoche, ununterbrochenen Betrieb und Teilzeitarbeit, eine einheitliche und klare Bemessungsgrundlage schaffen*. 5

---

[1] Art. 329 a Abs. 1 OR. Art. 341bis sprach von "Ferien im Jahre", bei der Revision wurde klargestellt, dass das OR das Dienstjahr meint.

Nicht klargestellt ist mit dem Wochenmass, ob Kalenderwochen oder Arbeitswochen gemeint sind. In der Lehre wird oft von der Kalenderwoche ausgegangen*. Dann wären die in die Ferienzeit fallenden ohnehin freien Tage, Sonn- und Feiertage sowie wöchentliche freie Tage und Halbtage, ebenfalls Ferientage, soweit sie nicht durch besondere Vereinbarung von der Anrechnung auf die Ferien ausgenommen würden. Die Anrechnung ordentlicher Freizeit auf die Ferien widerspricht dem Erholungscharakter. Ferien müssen dem Arbeitnehmer in vollem Umfang zusätzliche Freizeit gewähren. Der Arbeitnehmer wird durch die Ferien nicht von der Arbeitspflicht entbunden, wenn er bereits aus andern Gründen davon befreit ist. Zudem besteht bei Berechnung nach Kalenderwochen die Gefahr, dass der Arbeitgeber die Ferien hauptsächlich über Wochenenden ansetzt, was für den Arbeitnehmer einen Verlust an freien Tagen bedeutet. Und schliesslich ergeben sich bei pro-rata-Ansprüchen oder Kürzung des Jahresanspruches Schwierigkeiten in der Berechnung der Wochenbruchteile. Wäre beispielsweise bei einer halben Woche der Samstag und Sonntag mitzuzählen oder nicht? All diesen Problemen kann aus dem Wege gegangen werden, sofern auf die ordentliche Arbeitswoche des einzelnen Arbeitnehmers abgestellt wird*. 6 7

---

2 CANNER-SCHOOP N 4 zu Art. 64 ArbG

3 § 3 Bundesurlaubsgesetz

4 Art. 329 c Abs. 1 und 362 OR

5 Bbl 1960 II 1019, Botschaft 1967 S. 110

6 CANNER-SCHOOP N 3 zu Art. 64 ArbG, unter Verweis auf Botschaft 1960 II 1020, WEBER S. 86, STREIFF S. 83

7 vgl. SMOLENSKY S. 48 f, BAERLOCHER S. 87 f, 102 f (wird eine Kalenderwoche um 2 Tage gekürzt und die Ferien von Montag bis Freitag angesetzt, so erleidet der 5-Tage-Wöchner einen Lohnausfall von 2/7, während der 6-Tage-Wöchner den Ausfall am Samstag etwas mindern kann) und 131 (Ein Arbeitnehmer bezieht 4 Mal von Donnerstag bis Sonntag Ferien. Bei 5 1/2-Tage-Woche sind dies 16 Kalendertage, 12 Werktage oder 10 Arbeitstage, bei 5-Tage-Woche erst 8 Werk- oder Arbeitstage. Die Gleichbehandlung gebietet, dass halbe Arbeitstage auch nur als halbe Ferientage gelten.). Die Schweiz schlug an der Internationalen Arbeitskonferenz Nichtberücksichtigung der Sonntage und gesetzlichen Feiertage bei der Berechnung der Feriendauer vor. Dagegen sollten in einer Woche von sechs Werktagen die Samstage als volle Tage berechnet werden (JAO Bericht II S. 47 und 53).

Die Berechnung nach Arbeitswochen ist nicht nur vorzuziehen, weil sie wesentlich einfacher und sachgerechter ist, sondern auch, weil sie sich in der Praxis eingebürgert hat. In zahlreichen Gesamtarbeitsverträgen wird konkretisiert, dass unter dem Wochenanspruch die Freistellung im Umfange der ordentlichen wöchentlichen Arbeitszeit zu verstehen sei. Dies geschieht durch gleichzeitige Festlegung der freien Arbeitstage* oder der freien Arbeitsstunden*. Mitunter 8/9
wird festgehalten, dass im Ferienanspruch eine der Wochenzahl entsprechende Anzahl Samstage inbegriffen sei*. Auch das BIGA stellt 10
für die Kürzung und pro-rata-Berechnung auf die ordentlichen Arbeitstage ab*. 11

2. Anspruch bei unvollständigem Dienstjahr

2.1 Pro-rata-Berechnung

Nach relativ zwingender obligationenrechtlicher Vorschrift sind für ein unvollständiges Dienstjahr Ferien entsprechend der Dauer des Arbeitsverhältnisses im betreffenden Dienstjahr zu gewähren*. 12
Einzige Voraussetzung für das Entstehen des Teilanspruchs ist der Ablauf der dreimonatigen Karenzfrist.

Demgegenüber wurde früher die Entstehung des ganzen Anspruchs als notwendige Bedingung für die Erfüllung angesehen. Bei vorzeitigem Austritt wurde die Gewährung eines Teilanspruchs verweigert*. Verschiedene kantonale Feriengesetze sahen bereits aus- 13
drücklich die anteilsmässige Feriengewährung nach abgelaufener Karenzfrist vor (z.B. diejenigen von Basel-Stadt, Wallis, Solothurn und Glarus). Dagegen bestand nach der arbeitsgesetzlichen Fassung der Ferienvorschriften kein ausdrücklicher Teilanspruch*. In der 14
Praxis wurden trotzdem durchwegs für angebrochene Dienstjahre Ferien im Verhältnis zur Dauer des Arbeitsverhältnisses im entsprechenden Jahre zugesprochen. Sonst hätte der Arbeitnehmer unter Umständen fast vollständige Jahresansprüche verlieren können. Das Interesse der Rechtssicherheit gebot dem Gesetzgeber, den Teilanspruch im Gesetz selbst zu verankern. Es handelt sich um eine erwünschte Präzisierung*. Die Rechtfertigung des anteilsmässigen An- 15
spruchs liegt in der Rechtsnatur der Ferien, indem sie Entgelt für geleistete Arbeit darstellen.

---

8 z.B. GAV Mostereigewerbe: 3 Wochen (18 Arbeitstage), GAV Chemische Industrie des Kantons Basel-Stadt: 3 Wochen (15 Arbeitstage), GAV Heizungs- und Lüftungsgewerbe: 3 Wochen (18 Werktage), etc., vgl. Volkswirtschaft Sonderheft Nr. 87 S. 7 ff. Dagegen stellt der GAV für das Gastgewerbe auf Kalenderwochen ab: 3 Wochen (21 Kalendertage einschl. Ruhetage, entsprechend 1,75 Kalendertage je Monat).

9 z.B. GAV Buch- und Zeitungsdruckereien: 3 Wochen (129 Stunden), Nr. 87 S. 16

10 z.B. GAV Hoch- und Tiefbau: 3 1/2 Wochen (21 Werktage inkl. 3 Samstage)

11 ARV 1973 S. 7 f, siehe 2.3 hienach

Der pro-rata-Anspruch wird hauptsächlich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses aktuell. Wo die Feriengewährung nach Kalenderjahren erfolgt, muss schon im Eintrittsjahr der Anspruch pro rata temporis berechnet werden. Aendert der Ferienanspruch im Laufe des Arbeitsverhältnisses mitten im Dienst- bzw. Kalenderjahr - zum Beispiel wegen Beförderung, Erreichens eines bestimmten Alters oder einer bestimmten Anzahl Dienstjahre sowie bei Jugendlichen und Lehrlingen wegen Ueberschreitens des 19. oder 20. Altersjahres* - so ist mangels anderweitiger Abmachung bis zum Tag der 16
Rechtskraft des neuen Anspruchs der bisherige pro rata und ab diesem Tage der neue ebenfalls pro rata zu berechnen. Wenn durch neue Normal-, Gesamt- oder Einzelarbeitsverträge grössere oder kleinere Ferienansprüche begründet werden, so ist festzulegen, ab welchem Zeitpunkt diese gelten sollen. Ohne nähere Bestimmungen ist Gültigkeit ab Inkrafttreten des neuen Vertrags anzunehmen, so dass bis dahin nach bisherigem und sodann nach neuem Anspruch pro rata temporis zu rechnen ist*. Keine anteilsmässige Berechnung ist da- 17
gegen beim Uebergang des Arbeitsverhältnisses auf einen neuen Arbeitgeber notwendig, da normalerweise sämtliche Rechte und Pflichten auf diesen übergehen*. 18

2.2 Teilanspruch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses

2.2.1 Schuldhafte Vertragsauflösung durch den Arbeitnehmer

Der erworbene pro-rata-Anspruch für das Austrittsjahr fällt weder infolge ordentlicher Kündigung des Arbeitsvertrages noch infolge fristloser Entlassung dahin. Keinem Zweifel unterliegt diese Feststellung, wenn nicht eine ausdrückliche gegenteilige Vereinbarung vorliegt*. 19

Das Gesetz hat die pro-rata-Berechnung an keine Bedingung geknüpft, also weder vom Verschulden an der Vertragsauflösung noch von der Frage, wer das Arbeitsverhältnis auflöste, abhängig gemacht*. Es 20
sieht als Sanktion für eine berechtigte fristlose Vertragsauflösung durch den Arbeitgeber oder für ein ungerechtfertiges Verlassen der Arbeitsstelle einzig vollen Schadenersatz vor*. Die Schadenersatz- 21
forderung kann mit der Ferienlohnforderung nur soweit verrechnet werden, als diese pfändbar ist. Unbeschränkte Verrechnung ist nur

---

12 Art. 329 a Abs. 3 OR; 13 SMOLENSKY S. 68; 14 vgl. Art. 341 bis OR
15 vgl. TSCHUDI S. 103 f, Botschaft 1967 S. 111, STREIFF S. 84
16 vgl. II 2.2 hievor
17 vgl. zum Teil andere Meinung von Fritz BLOCHER, Der Zeitpunkt des Inkrafttretens von Ferienbestimmungen bei Gesamtarbeitsverträgen (GewRS 1960, Gesetz und Recht S. 41 ff)
18 Art. 333 und 338 a OR
19 TSCHUDI S. 192, GOLDSCHMIDT S. 59
20 SCHWEINGRUBER S. 173, vgl. auch CANNER-SCHOOP N 6 zu Art. 64 ArbG
21 Art. 337 b und d sowie Art. 361 OR

bei absichtlich zugefügtem Schaden - also etwa bei vertragswidrigem Verlassen der Stelle ohne Kündigung - möglich*. Demgegenüber liess das Feriengesetz von Basel-Stadt den Ferienanspruch dahinfallen, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis zu Unrecht auflöste oder wenn der Arbeitgeber es wegen schuldhaft rechtswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers fristlos auflöste*. 22 23

Bei der Revision des Arbeitsvertragsrechts wurde von einem Kanton gerügt, dass der Arbeitgeber bei vorzeitiger, vom Arbeitnehmer verschuldeter Vertragsauflösung für nicht bezogene Ferien eine Entschädigung zu bezahlen habe. Die Botschaft verwies darauf, dass diese Frage durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag geregelt werden und im übrigen der Rechtsprechung überlassen bleiben könne*. 24

In der Praxis sind ab und zu Vereinbarungen anzutreffen, wonach der Arbeitnehmer jeden Ferienanspruch verliere, falls er die vorzeitige Vertragsauflösung verschuldet habe*. Solche Verwirkungsklauseln sind problematisch. In Einzelarbeitsverträgen, die nicht über den gesetzlichen Mindestferienanspruch hinausgehen, müssen sie als nichtig angesehen werden, da sie zum Nachteil des Arbeitnehmers von der gesetzlichen Ordnung abweichen. Soweit der vertragliche Ferienanspruch den gesetzlichen übersteigt, kann dagegen der Mehranspruch von einer derartigen Bedingung abhängig gemacht werden*. In Normal- oder Gesamtarbeitsverträgen sind solche Klauseln unter Vorbehalt der Gleichwertigkeit im ganzen zulässig*. Sie sind jedoch systemfremd und sollten daher nicht in die Ferienbestimmungen aufgenommen werden. Unzulässig in allen Fällen wäre eine Klausel, wonach der Teilanspruch für das Austrittsjahr bei ordentlicher Kündigung durch den Arbeitnehmer verwirkte, denn dadurch würde der Arbeitnehmer in rechtswidriger Weise gegenüber dem Arbeitgeber hinsichtlich Kündigungsrecht benachteiligt*. 25 26 27 28

2.2.2 Ungerechtfertigte fristlose Entlassung

Wird der Arbeitnehmer ungerechtfertigt fristlos entlassen, so hat er Anspruch auf den Lohn für die vereinbarte Vertragszeit oder für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist sowie auf Ersatz der aus dem Arbeitsverhältnis erwachsenden Vorteile*. Das Arbeits- 29

---

22 Art. 323 b Abs. 2 OR, vgl. SCHWEINGRUBER S. 98 f, H. THALMANN-ANTENEN S. 212, Hans DRESSLER, Der Uebergang vom kantonalen zum eidgenössischen Ferienrecht (GewRS 1967, Gesetz und Recht S. 1 ff) sowie BJM 1970 S. 215 (Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt).

23 § 10 Feriengesetz Basel-Stadt. Aehnliche Regelungen enthielten die Feriengesetze der Kantone Solothurn und Glarus (vgl. TSCHUDI S. 111).

24 Botschaft 1967 S. 112; 25 vgl. RENGGLI S. 55

26 vgl. Art. 329 a und 362 OR sowie CANNER-SCHOOP N 6 zu Art. 64 ArbG

27 Art. 329 e OR; 28 vgl. Art. 336 Abs. 2 und 361 OR

29 Art. 337 c OR, vgl. BGE 78 II 441

verhältnis ist tatsächlich, nicht aber rechtlich beendigt, sofern der Arbeitnehmer gegen die fristlose Auflösung Widerspruch erhebt. Das Gesetz will mit dem Lohn- und Ersatzanspruch den Arbeitnehmer grundsätzlich so stellen, wie wenn das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäss beendigt worden wäre. Der Arbeitnehmer soll sich anderseits durch die ungerechtfertigte Entlassung nicht bereichern können, weshalb er sich anrechnen lassen muss, was er wegen der Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat*. 30

Die Ferien können wie Gratifikationen, 13. Monatslohn oder Abgangsentschädigungen ebenfalls als ersatzpflichtiger Vorteil angesehen werden. Der Ferienlohn ist aber nicht zusätzlich zum fortdauernden Lohnanspruch zu gewähren, da der Arbeitgeber die Möglichkeit hätte, dem Arbeitnehmer bis zum ordentlichen Vertragsende die Ferien einzuräumen* und der Arbeitnehmer sonst um den Ferienlohn be- 31
reichert wäre. Einem bis zur Entlassung nicht in natura gewährten Ferienanspruch - dieser ist in Analogie zum Lohnanspruch grundsätzlich nach der vereinbarten Vertragsdauer zu bemessen, wobei Ferientage in Abzug zu bringen sind, die der Arbeitnehmer gegenüber einem neuen Arbeitgeber für die entsprechende Zeit beanspruchen kann - ist in dem Sinne Rechnung zu tragen, dass während der Feriendauer für nicht angenommene anderweitige Arbeit kein Lohnabzug erfolgen darf. Nur wenn der Arbeitnehmer nach der Entlassung unbelastet in den Genuss freier Zeit kommt, lässt sich der Ferienanspruch nachträglich noch verwirklichen. Die freie Zeit darf nicht durch den Zwang zur Stellensuche dem Erholungszweck entfremdet werden. Der Arbeitnehmer muss sich daher grundsätzlich erst nach erfolgtem Ferienbezug um eine neue Arbeit bemühen*. 32

2.3 Berechnung des Teilanspruchs

Nach dem Gesetzestext ist für den Umfang des Teilanspruchs im Gegensatz zur Kürzung wegen Arbeitsverhinderung nicht die tatsächlich geleistete Arbeit, sondern die Dauer des Arbeitsverhältnisses massgebend*. Deshalb ist vorerst zu bestimmen, welchen Bruch- 33
teil des ganzen Dienstjahres das Arbeitsverhältnis gedauert hat, und sodann der Ferienanspruch für ein vollständiges Dienstjahr mit jenem Bruchteil zu multiplizieren. Ob der so ermittelte Teilanspruch wegen ausgefallener Arbeitsleistung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses zusätzlich gekürzt werden kann, muss getrennt untersucht werden*. 34

---

30 vgl. Botschaft 1967 S. 149 f, STREIFF S. 143, zum Teil anderer Meinung SCHWEINGRUBER S. 264 ff
31 vgl. 5. Kapitel C II 3.1 hienach;
32 vgl. C II 4. hienach
33 Art. 329 a Abs. 3 OR;
34 vgl. 3.4 hienach

Die Dauer des Arbeitsverhältnisses bemisst sich nach dem Kalender. Der Jahresanteil umfasst somit den 12. Teil der Dauer des Arbeitsverhältnisses in Monaten, den 52. Teil der Dauer in Wochen oder genau den 365. (in Schaltjahren den 366.) Teil der Dauer in Kalendertagen. Der Jahresferienanspruch ist am einfachsten vor der Kürzung in Ferientage umzurechnen (Anzahl Ferienwochen im Jahr x Anzahl Arbeitstage pro Woche). Sonst entstehen kaum lösbare Schwierigkeiten bei Ordnungen mit halben Ferienwochen und halben Arbeitstagen. So entspricht beispielsweise ein Ferienanspruch von 3 1/2 Wochen bei 5 1/2-Tage-Woche, wenn 3 Samstage bezogen werden müssen, 19 1/2 Ferientagen.

Der Teilanspruch lässt sich somit nach folgender Formel* genau berechnen: 35

$$\text{pro-rata-Anspruch in Ferientagen} = \frac{\text{Ferienwochen pro Jahr x Arbeitstage pro Woche x Dauer des Arbeitsverhältnisses in Kalendertagen}}{\text{365 (in Schaltjahren 366)}}$$

Das Ergebnis kann durch die Anzahl Arbeitstage pro Woche dividiert und auf diese Weise wieder in Wochen und Tage umgerechnet werden.

In den meisten Fällen wird ein angebrochener Ferientag übrig bleiben. Ueber derartige unvollständige Ferientage sollten sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einigen können, sei es im Sinne einer Rundung oder einer Anrechnung an die Arbeitszeit. Nach dem deutschen Urlaubsgesetz sind Bruchteile von Urlaubstagen, die mindestens einen halben Tag ergeben, auf volle Urlaubstage aufzurunden*. In 36
der schweizerischen Praxis ist Auf- und Abrundung auf ganze Fe-
rientage verbreitet*. Das BIGA empfiehlt Rundung auf halbe Ferien- 37
tage*. Jedes Abrunden ist aber dann unzulässig, wenn es sich um 38
einen Teilanspruch von gesetzlichen Mindestferien handelt. Auch wenn nur die Berechnung vereinfacht werden soll, benachteiligt die Abrundung doch den Arbeitnehmer. Das Gesetz lässt eine Abrundung nicht zu, es stellt allein auf das Verhältnis der Dauer des Arbeitsverhältnisses ab. Jede Unterschreitung des proportionalen Anspruchs bedeutet ein Abweichen von der gesetzlichen Ordnung zuungunsten des Arbeitnehmers. Entsprechende Vereinbarungen sind

---

35 Im Beamtenrecht des Bundes wird bei Ein- und Austritt im Laufe des Jahres folgende Formel verwendet (C 1 355):

$$\text{Teilanspruch} = \frac{\text{Anzahl Ferientage x Dienstzeit in Kalendertagen}}{365}$$

36 § 5 Abs. 2 Bundesurlaubsgesetz

37 vgl. SCHWEINGRUBER S. 173, wonach ein kleinliches Rechnen um Stunden oder Halbtage nicht dem Sinn der Ferien entspreche, Urteil des gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt (BJM 1970 S. 215), wonach Bruchteile von weniger als einem halben Ferientag nicht zu berücksichtigen sind sowie GAV Schreinergewerbe (Art. 26 Abs. 2): "Dauert das Arbeitsverhältnis in einem Monat

nichtig. Eine Abrundung ist aber in gleichwertigen normal- oder gesamtarbeitsvertraglichen Ordnungen sowie bei erhöhten einzelarbeitsvertraglichen Ferienansprüchen möglich. Ausdrücklich sieht die Seeschiffahrtsverordnung* Abrundung vor, indem nach 39
ihr Bruchteile von weniger als einem halben Ferientag nicht zu berücksichtigen sind. In verschiedenen Ordnungen wird dagegen auf ein Abrunden ausdrücklich verzichtet und durchwegs auf ganze Ferientage aufgerundet*. Allgemein zumutbar dürfte ein Aufrunden 40
auf halbe Ferientage sein, falls der Jahresanspruch nicht über dem gesetzlichen Minimum liegt. Die Belastung des Arbeitgebers durch ein Aufrunden erscheint angesichts der dreimonatigen Karenzfrist* 41
ohne weiteres tragbar. Zumindest sind die angebrochenen Ferientage als geleistete Arbeitszeit gutzuschreiben, so dass der Arbeitnehmer für die entsprechenden Stunden bei Gelegenheit ohne Lohnabzug Freizeit beanspruchen kann. Ein Rechnen mit Stunden und Minuten rechtfertigt sich namentlich in Betrieben, wo die Arbeitszeit genau gemessen wird, oder bei Ordnungen, die den Ferienanspruch nicht nur in Wochen sondern auch in Stunden festlegen*. 42

Das BIGA hat folgende Tabelle entwickelt, in der die Ferientage für einen Monat des Arbeitsverhältnisses ersichtlich sind*: 43

Ferienwochen pro Dienstjahr	Ferientage pro Monat (1/12) bei				
	6-T.-W.	5 1/2-T.-W.	5-T.-W.	4 1/2-T.-W.	4-T.-W.
2 Wochen	1	0,91	0,83	0,75	0,66
3 Wochen	1,5	1,37	1,25	1,12	1
4 Wochen	2	1,83	1,66	1,5	1,33
5 Wochen	2,5	2,29	2,08	1,87	1,66

Zur Berechnung des pro rata-Anspruchs ist der gemäss Tabelle auf einen Monat entfallende Ferienanspruch mit der Anzahl Monate

---

15 oder mehr Tage, so wird der betreffende Monat als ganzer Monat gezählt. Dauert es in einem Monat weniger als 15 Tage, so entsteht für diesen Monat kein Ferienanspruch."

38 ARV 1973 S. 7 f: Bruchteile bis 0,24 werden danach auf ganze Ferientage abgerundet, solche von 0,25 - 0,74 auf halbe Ferientage auf- bzw. abgerundet und Bruchteile von 0,75 und mehr auf ganze Ferientage aufgerundet. Aehnlich auch CANNER-SCHOOP N. 6 zu Art. 64 ArbG.

39 Art. 38 Abs. 2 (SS 747.301); 40 z.B. Protokollbeschluss zum 41 GAV Ziegeleien; Art. 329 a Abs. 1 OR

42 vgl. z.B. GAV Buch- und Zeitungsdruckereien: 3 Wochen (129 Stunden) sowie GAV bernisches Elektrogewerbe: 3 Wochen (3x45 Stunden)

43 vgl. ARV 1973 S. 7 f

zu multiplizieren, während deren das Arbeitsverhältnis gedauert hat. Nachteil der Berechnung mit dieser Tabelle ist die Ungenauigkeit bei unvollständigen Monaten sowie die Problematik halber Wochen mit Einschluss einer bestimmten Anzahl Samstage. Die oben erwähnte Formel ist deshalb vorzuziehen.

3. Kürzung

3.1 Grundsatz

Da Ferien ein Entgelt für geleistete Arbeit darstellen, wächst der Anspruch grundsätzlich auch nur während der Dauer der Arbeitsleistung an. Die volle Jahresferienforderung ist somit erst nach ganzjähriger Arbeit erworben. Der gesetzliche Anspruch basiert auf der Dauer des Arbeitsverhältnisses, besteht also vorerst unabhängig davon, ob Arbeit geleistet wurde oder nicht. Das Obligationenrecht sieht jedoch die Möglichkeit vor, dass der Arbeitgeber bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung um mehr als einen Monat die Ferien für jeden vollen Monat der Verhinderung um einen Zwölftel kürzen kann*. 44

An sich wird bei Arbeitsverhinderung durch Krankheit, Unfall und dergleichen im Interesse einer richtigen Erholung die Wünschbarkeit der Ferien in hohem Masse gesteigert. Neben den gesundheitlichen Interessen des Arbeitnehmers gilt es jedoch anderseits die unternehmerischen Belange des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Ihn treffen zusätzliche Leistungspflichten. Trotz Produktionsausfall hat er den Lohn fortzuzahlen. Der Betrieb muss dennoch tragfähig bleiben. Die Erhaltung einer leistungsfähigen Wirtschaft liegt ebensosehr im öffentlichen Interesse wie der Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer*. 45

Weder die arbeitsgesetzliche Fassung der Ferienvorschriften noch der Revisionsentwurf sahen eine Kürzungsbestimmung vor. Da sich keine einheitliche Praxis zu entwickeln vermochte, entschloss sich der Gesetzgeber zur gesetzlichen Normierung*. Die Kürzungsvor- 46
schrift ist nicht gerade glücklich formuliert, möglicherweise weil sie erst im Parlament eingefügt wurde*. Sie ist relativ zwingend, 47
die Zwölftelung jedoch bloss dispositiv, soweit die Verhinderung

---

44 Art. 329 b OR; 45 TSCHUDI S. 105 f
46 vgl. Botschaft 1967 S. 111 f
47 STREIFF S. 86: Abs. 2 sagt praktisch dasselbe wie Abs. 1, während zu Abs. 3 die spiegelbildliche Gegenbestimmung fehlt, obwohl sie hier nötig wäre.

nicht unverschuldet ist oder eine unverschuldete mehr als einen und im Falle von Schwangerschaft mehr als zwei Monate beträgt*. 48

3.2 Arten der Verhinderung

Als Verhinderung, die für jeden vollen Monat den Arbeitgeber zur Kürzung um einen Zwölftel berechtigt, fällt jede verschuldete oder unverschuldete Arbeitsverhinderung in Betracht, die vom Arbeitnehmer zu vertreten ist*. Unentschuldigte Arbeitsversäumnis und Abwesenheit infolge Streiks stehen als verschuldete Arbeitsverhinderung im Vordergrund. Ohne Verschulden des Arbeitnehmers ist in den Fällen der Verhinderung gemäss Art. 324 a OR (Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten, Ausübung öffentlicher Aemter und dergleichen) eine Kürzung möglich*. Selbst objektive Gründe wie Verkehrsunterbrüche, Epidemien und ähnliche Verhinderungstatbestände berechtigen den Arbeitgeber zur Kürzung, da nicht er zu vertreten hat, dass deswegen nicht gearbeitet und folglich für diese Zeit auch keine Ferienforderung erworben werden kann. Ein Ferienanspruch kann - vorbehältlich gegenteiliger Abmachung - auch nicht während vereinbarter Arbeitsunterbrüche (Kurzarbeit, Werkbeurlaubung, produktionsbedingten Aussetzens sowie unbezahlten Urlaubs) entstehen*. 49 50 51

Nicht vom Arbeitnehmer zu vertreten sind dagegen Arbeitsunterbrüche infolge Annahmeverzugs des Arbeitgebers*. Verunmöglicht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Arbeit, so kann er ihm deswegen nicht die Ferien kürzen. Ein solches Verhalten verstiesse gegen das Gebot widerspruchslosen Handelns und wäre somit rechtsmissbräuchlich. Nach der in der Schweiz vorherrschenden Meinung stellt Aussperrung einen Anwendungsfall von Annahmeverzug dar*. Auch in diesem Falle wäre eine Kürzung somit unzulässig. 52 53

Keine Verhinderungstatbestände sind Ferien, Feiertage und ordentliche Freizeit, da sie die ordentliche jährliche Arbeitszeit nicht beschneiden. Dagegen steht einer Kürzung des Ferienanspruchs wegen Abwesenheiten infolge ausserordentlicher Freizeit nichts im Wege.

---

48 Art. 362 erhebt nur Abs. 2 und 3 von Art. 329 b OR zu relativ zwingenden Vorschriften. Theoretisch könnte deshalb zum Nachteil des Arbeitnehmers ein schärferer Kürzungssatz vereinbart werden. Praktisch sind keine solchen Fälle bekannt. Zudem stellt eine übertriebene Kürzung den Ferienanspruch bald einmal in Frage und dürfte deshalb rechtsmissbräuchlich erscheinen.

49 vgl. BAERLOCHER S. 96; 50 vgl. Art. 329 b Abs. 2 OR
51 vgl. SMOLENSKY S. 76 f; 52 Art. 324 OR
53 vgl. REHBINDER S. 124 sowie SMOLENSKY S. 79

3.3 Kürzungsverbote

Verschiedene kantonale Feriengesetze machten die Kürzungsmöglichkeit von einer bestimmten Mindestdauer der Verhinderung abhängig*. Das Obligationenrecht untersagt die Kürzung, falls die 54
Verhinderung nicht mehr als einen Monat im Dienstjahr beträgt und sie durch Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen (Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten, Ausübung eines öffentlichen Amtes, usw.), ohne Verschulden verursacht worden ist. Bei Schwangerschaft und Niederkunft dürfen die Ferien wegen Arbeitsverhinderung bis zu zwei Monaten nicht gekürzt werden*. 55
Das Kürzungsverbot wegen Schwangerschaft und Niederkunft ist ein Sondertatbestand der unverschuldeten Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen. Falls deswegen die Kürzung ausgeschlossen ist, kann nicht noch zusätzlich Kürzungsfreiheit wegen Krankheit, Unfall usw. beansprucht werden*. Die Kürzungsverbote sind relativ zwin- 56
gend. Sie können nur im Rahmen von normal- oder gesamtarbeitsvertraglichen Ordnungen, die im ganzen gleichwertig sind*, zum Nach- 57
teil des Arbeitnehmers geändert werden.

Ausserhalb der Kürzungsverbote darf die Kürzung grundsätzlich frei vereinbart werden*. Die Unterscheidung des Gesetzgebers nach den 58
Gründen der Arbeitsverhinderung sowie die Einordnung unter die zwingenden Vorschriften lassen den Schluss zu, dass er in jedem Fall dem schuldlosen Arbeitnehmer eine einmonatige und der schwangeren Arbeitnehmerin eine zweimonatige Abwesenheit ohne Ferienkürzung zubilligt, also auch wenn die gesamte Verhinderung diese Fristen überdauert*. Bei einer unverschuldeten Arbeitsverhinderung von 59
über einem Monat oder bei Abwesenheit infolge Schwangerschaft und Niederkunft von mehr als zwei Monaten darf somit nur für die über einen bzw. zwei Monate hinausgehenden Verhinderungen Kürzung des Ferienanspruchs vereinbart werden. Vor jeder Kürzung sind von der Gesamtdauer der Arbeitsverhinderung die Tage unverschuldeter Abwesenheit aus persönlichen Gründen des Arbeitnehmers bis zu einem Monat oder die Dauer der Abwesenheit wegen Schwangerschaft und Niederkunft bis höchstens zwei Monate in Abzug zu bringen. Für die verbleibenden Tage kann nach der vereinbarten Regel gekürzt werden.

Sofern keine ausdrückliche Kürzungsvereinbarung getroffen wurde, kommt die dispositive obligationenrechtliche Bestimmung zum Zuge, wonach für jeden vollen Monat der Verhinderung die Ferien um einen Zwölftel gemindert werden können. Die Vorschrift entbehrt der Ein-

---

54 vgl. TSCHUDI S. 106 f: Basel-Stadt setzte 25 Werktage voraus, Waadt zwei Monate und Solothurn drei Monate. In Solothurn fielen nur die über drei Monate hinausgehenden Verhinderungen in Betracht, während Basel und Waadt die ganze Abwesenheit berücksichtigten, sobald die Schonfrist überschritten wurde. Genf stufte ab, indem bei Militärdienst 150 Tage, bei Krankheit 75 Tage und bei Unfall 50 Tage Abwesenheit ohne Kürzung möglich waren. Für je 25 Tage Mehrabwesenheit wurde ein Ferientag abgezogen. Zürich schliesslich nahm für die ersten zwei Monate keinen Abzug vor, kürzte jedoch für jeden weiteren halben Monat um einen Zwölftel.

deutigkeit. Sicher enthält sie eine Schonfrist von einem Monat auch für verschuldete Abwesenheiten. Unklar ist jedoch, ob bei längerer als einmonatiger Verhinderung für den ersten Monat schon gekürzt werden darf oder erst für den zweiten und die folgenden. Für die Kürzung erst ab zweitem Monat spricht die Bedingung im Gesetzestext, dass die Verhinderung über einen Monat dauern musste, denn die Ermächtigung des Arbeitgebers zur Kürzung für jeden vollen Monat der Verhinderung genügte*. Anderseits spricht für Kürzung 60
bereits ab erstem vollem Monat der Umkehrschluss aus dem Kürzungsverbot für schuldlose Verhinderung sowie die Wahl von Zwölfteln als Kürzungsbruchteil. Zur Zwölftelung führte doch die Ueberlegung, dass bei zwölfmonatiger Verhinderung kein Ferienanspruch mehr und bei kürzerer Verhinderung ein solcher im Verhältnis zur Arbeitsleistung bestehen soll. Es wäre stossend, müsste bei schuldhafter Arbeitsabwesenheit während eines ganzen Dienstjahres noch ein Zwölftel des Ferienanspruchs gewährt werden. Die Auslegung im letzteren Sinne entspricht auch besser der Rechtsnatur der Ferien als Entgelt für geleistete Arbeit, weshalb sie vorzuziehen ist.

Damit ergibt sich folgende gesetzliche Kürzungsordnung*: 61

- bei nicht unverschuldeten Abwesenheiten des Arbeitnehmers sowie bei Verhinderungen, die nicht in seiner Person liegen, jedoch von ihm zu vertreten sind: Kürzung für jeden vollen Monat der Abwesenheit um einen Zwölftel

- bei Arbeitsverhinderungen aus persönlichen Gründen ohne Verschulden des Arbeitnehmers (Krankheit, Unfall, gesetzliche Pflichten usw.): Kürzung für den zweiten vollen und jeden weiteren ganzen Monat der Arbeitsverhinderung um einen Zwölftel

- bei Arbeitsverhinderung wegen Schwangerschaft und Niederkunft: Kürzung für den dritten vollen und jeden weiteren ganzen Monat der Arbeitsverhinderung um einen Zwölftel*. 62

Die Kürzungsverbote haben zur Folge, dass trotz ganzjähriger Arbeitsverhinderung noch ein Ferienanspruch besteht. Dessen Geltendmachung kann aber unter Umständen rechtsmissbräuchlich sein.

---

55 Art. 329 b Abs. 2 und 3 OR; 56 z.B. Abwesenheit wegen Niederkunft 1 1/2 Monate und zusätzlich 1 Monat wegen Krankheit. Wegen des vollen Krankheitsmonats erfolgt Kürzung um 1/12. Nicht anders verhält es sich, wenn weitere 20 Tage schuldhafte Abwesenheit dazukommen, da der zweite Monat nicht voll ist.

57 Art. 329 e OR

58 Art. 329 b Abs. 1 OR ist ja dispositiv, vgl. 3.1 hievor

59 vgl. Auskunft des BIGA vom 24.9.1973 (ARV 1974 S. 18 f)

60 SCHWEINGRUBER scheint dieser Auslegung zu folgen (vgl. S. 175)

61 Im gleichen Sinne ARV 1974, S. 18 f (Auskunft des BIGA vom 24. September 1973)sowie SCHENK S. 70

62 anderer Meinung STREIFF S. 86

3.4 Berechnung der Kürzung

Das Gesetz stellt für die Bemessung der Verhinderung auf "Monate" ab. Eine saubere Berechnungsgrundlage bildet nur der Beschäftigungsmonat, nicht auch der Kalendermonat. Massgebend ist die Dauer der Verhinderung an der Arbeitsleistung*. Der Arbeitnehmer 63
kann nur dann an der Arbeitsleistung verhindert sein, wenn er unter Arbeitspflicht stünde. Die Kürzung bemisst sich nach der nicht geleisteten Arbeit, da Ferien Entgelt für geleistete Arbeit und nicht für den Bestand des Arbeitsverhältnisses sind.

Abzustellen ist deshalb auf die ordentliche monatliche Arbeitszeit, sei es auf die Arbeitstage oder die Arbeitsstunden. Zur Umrechnung der wöchentlichen auf die monatliche Normalarbeitszeit dient der Faktor 4 1/3*. Bei 6-Tage-Woche entsprechen 26 Arbeitstage, bei 64
5-Tage-Woche deren 21 2/3 oder bei 45-Stunden-Woche 195 Arbeitsstunden einem vollen Monat. Einzelne Abwesenheiten sind tage- oder stundenweise zusammenzuzählen, da das Gesetz die Verhinderung "insgesamt" als Kürzungsgrundlage verwendet.

Steht einmal fest, mit wievielen Zwölfteln oder mit welchem andern Bruchteil der Ferienanspruch gekürzt werden muss, so kann im weiteren wie bei der Berechnung des pro-rata-Anspruchs vorgegangen werden*. Der Jahresferienanspruch ist in Ferientage umzurechnen, 65
die Zwölftel sind abzuzählen und angebrochene Resttage nach den erwähnten Grundsätzen zu runden oder als Reststunden gutzuschreiben*. 66

Schwierigkeiten kann die Kürzung eines pro-rata-Anspruchs bereiten. Wie ist beispielsweise der Teilanspruch eines Arbeitnehmers zu berechnen, der 4 Wochen Ferien pro Jahr beziehen kann, wenn sein Arbeitsverhältnis nur 9 Monate gedauert hat und er davon 2 1/2 Monate krank war? Einerseits darf nicht einfach die Arbeitsverhinderung von der Dauer des Arbeitsverhältnisses in Abzug gebracht und der pro-rata-Anspruch nach der Differenz berechnet werden (9 Monate - 2 1/2 Monate = 6 1/2 Monate, was einem Teilanspruch von 2 1/6 Wochen entspräche), da sonst der Arbeitnehmer nicht in den Genuss des obligationenrechtlichen Kürzungsverbotes für einen Monat pro Dienstjahr käme. Anderseits fährt der Arbeitnehmer zu gut, wenn der pro-rata-Anspruch, wie er sich ohne Berücksichtigung der Arbeitsverhinderung ergäbe, nach den für den Jahresanspruch geltenden Kürzungsvorschriften gekürzt würde (9/12 von 4 Wochen = 3 Wochen, abzüglich 1/12 für 2 1/2 Monate Krankheit = 2 3/4 Wochen). Das Gesetz bezieht die Kürzungsverbote auf ein vollständiges Dienstjahr. Wenn für ein ganzes Jahr Abwesenheiten bis zu einem Monat abzugsfrei sind und für volle Monate Kürzung um einen Zwölftel erfolgt, so müssen zur Beibehaltung des entsprechenden Verhältnisses bei einem Ferienanspruch für ein halbes Jahr Abwesenheiten bis zu einem halben Monat abzugsfrei sein und für halbe Monate Kürzung um einen Zwölftel erfolgen. Damit

---

63 vgl. französischen Text: Si le travailleur est "empêché de travailler" pendant plus d'un mois au total

64 vgl. 4. Kapitel B I 2.3 hievor;

65 vgl. 2.3 hievor

66 in letzterem Sinne SCHENK S. 71, vgl. auch ARV 1973 S. 7 sowie BAERLOCHER S. 102

der Kürzungssatz in dem vom Gesetz gewollten Verhältnis steht, muss zuerst ermittelt werden, welche Abwesenheit während eines vollständigen Dienstjahres derjenigen während des unvollständigen entspricht. Zuerst ist also der Jahresanspruch nach der auf ein Jahr umgerechneten Abwesenheit zu kürzen. Anschliessend bereitet die Berechnung des Anspruchs pro rata temporis keine Mühe mehr. Im erwähnten Beispiel entspricht einer Abwesenheit von 2 1/2 Monaten innerhalb 3/4 Jahren eine solche von 3 1/3 Monaten innerhalb eines ganzen Jahres. Der Jahresanspruch von 4 Wochen wäre somit um 2/12 auf 3 1/3 Wochen zu kürzen. Für 9 Monate ergibt sich auf diese Weise ein Teilanspruch von 2 1/2 Wochen.

3.5 Andere Regelungen

Die gesamtarbeitsvertraglichen Kürzungsordnungen sind im allgemeinen grosszügiger als die gesetzliche Vorschrift. Oft anzutreffen sind Regelungen, die Verhinderungen infolge Militärdienstes, Unfalles, Krankheit und Kurzarbeit bis zu einer Gesamtdauer von 3 Monaten abzugsfrei lassen und für den vierten sowie jeden weiteren vollen Monat Kürzung um einen Zwölftel vorsehen*. Zum Teil beträgt die abzugsfreie Gesamtdauer 2 Monate* oder nur einen Monat*. [67] [68/69]

Viele Gesamtarbeitsverträge sehen lediglich Sonderfälle von Arbeitsverhinderung vor und erwähnen beispielsweise die vom Arbeitnehmer zu vertretenden, nicht in seiner Person liegenden Abwesenheiten nicht. In diesen Fällen tritt die dispositive Vorschrift des Obligationenrechts in die Lücke.

Fragwürdig sind Bestimmungen, die die Kürzung wegen bestimmter Absenzen ins Ermessen der Firmen legen*. Es kann sich jedenfalls [70] nicht um ein freies oder gar willkürliches Ermessen handeln. Bei Streitigkeiten muss auch hier auf das Gesetz zurückgegriffen werden.

Selten stellen die Gesamtarbeitsverträge Schwangerschaft und Niederkunft unter die privilegierten Kürzungstatbestände, was wohl hauptsächlich am geringen Organisationsgrad der weiblichen Arbeitnehmer liegt.

Im Personalrecht der Bundesbeamten wird bei Krankheit, Unfall oder Militärdienst erst nach 90 Kalendertagen gemäss folgender Formel gekürzt*: [71]

$$\text{Kürzung} = \frac{\text{Anzahl Ferientage} \times (\text{Abwesenheit in Kalendertagen} - 90)}{365}$$

---

[67] z.B. Art. 44 Friedensabkommen Maschinenindustrie (dieses spricht unkorrekt von "verrechnen" statt von Kürzung) sowie Art. 9 Abs. 10 GAV Carrosseriegewerbe

[68] z.B. Art. 26 GAV Schreinergewerbe oder Art. 18.5 GAV Holzindustrie, wobei nach Ueberschreitung der Gesamtdauer nur ein pro-rata-Anspruch besteht.

[69] z.B. Art. 21.2.1 GAV Hoch- & Tiefbau; [70] [71] vgl. z.B. Art. 44 Friedensabkommen Maschinenindustrie; C 1 357 a

B. Inhalt des Ferienanspruchs

1. Einheitlicher Anspruch auf doppelte Leistung

a. Erfüllung beider Ansprüche als Grundsatz

Der Ferienanspruch wird nach vorherrschender Lehre als einheitlicher Anspruch auf zwei Leistungen angesehen, nämlich auf Freizeit und darauf entfallende Lohnzahlung*. Zur Zeit des Aufkommens der Ferienansprüche anfangs des 20. Jahrhunderts fasste man den Ferienanspruch oft als Wahlschuldverhältnis auf. Der Arbeitnehmer konnte zwischen Freizeit ohne Entgelt oder Entgelt ohne Freizeit wählen. Auf diese Weise liess sich jedoch der Erholungszweck nicht erreichen, da der Arbeitnehmer kaum in der Lage war, aus dem ordentlichen Lohn Rücklagen zu bilden. Er wählte denn auch meist die Lohnaufbesserung anstelle der Freizeit*. Erst später wurden Freizeit und Entgelt zusammen gewährt. Aus dieser Doppelleistung wurde deshalb anfänglich gefolgert, der Ferienanspruch sei ein Doppelanspruch, nämlich ein Anspruch auf Befreiung von der Arbeitspflicht und ein solcher auf Lohnzahlung während dieser Zeit*. Die beiden Teilleistungen Freizeit und Lohnzahlung können jedoch nicht als nebeneinander bestehende Einzelansprüche gedeutet werden, da sie grundsätzlich nicht unabhängig voneinander gewährt werden können. Der Ferienanspruch ist in keinem Falle erfüllt, wenn nur die Freizeit eingeräumt wird. Es kann unter Umständen einzig vorkommen, dass bei Unmöglichkeit der Freizeiterteilung der Ferienanspruch mit der Leistung des Ferienlohnes als erfüllt gilt. Sonst sind Freizeit und Lohnzahlung stets vereinigt, weshalb Ferien einen einheitlichen Anspruch darstellen. Selbst dem Teilzeitarbeitnehmer, der lediglich an einzelnen Wochentagen arbeitet, kann nicht nur Ferienlohn bezahlt werden mit der Begründung, Freizeit habe er ja schon*. 1 2 3 4

Hauptbestandteil des Ferienanspruchs ist die Freizeit*. Die Lohnzahlung ist der Freizeitgewährung untergeordnet, sie soll diese einzig möglich machen. Sie ist lediglich ein "Anhängsel" zur Freizeit*, lediglich Mittel zum Zweck, Mittel zu deren zweckentsprechenden Verwendung*. Erst die Bezahlung der freien Zeit macht diese zu Ferien, da sonst der Arbeitnehmer finanziell gar nicht in der Lage wäre, die Freizeit zur Erholung zu verwenden. Unbezahlter Urlaub verdient daher nicht die Bezeichnung Ferien. 5 6 7

---

1 vgl. OSER-SCHOENENBERGER N 7 zu Art. 341 OR, BECKER N 5 zu Art. 341 OR, TSCHUDI S. 147, CANNER-SCHOOP N 1 zu Art. 64 ArbG, BAERLOCHER S. 78, BGE 58 I 31, 85 II 376 f, SJZ 1954 S. 180, Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 25. Mai 1967, GewRS 1950, Gesetz und Recht S. 18 ff (Steuerentscheid des Bundesgerichts) sowie HUECK-NIPPERDEY S. 394 und NIKISCH S. 458

2 SMOLENSKY S. 12 f

Der Ferienanspruch ist mehr als blosse Beschränkung der Arbeitspflicht oder des Rechts des Arbeitgebers, von der Arbeitskraft des Arbeitnehmers Gebrauch machen zu können*. Neben der entsprechenden Unterlassungspflicht trifft den Arbeitgeber eben noch die Handlungspflicht der Lohnzahlung*. 8 9

2. Verselbständigung der Lohnzahlungspflicht

2.1 Erfüllung der möglichen Teilleistung

Wenn die Freizeitgewährung unmöglich wird, wie dies beispielsweise bei fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses oder bei Konkurs des Arbeitgebers der Fall sein kann, so verselbständigt sich nach herrschender Meinung die Lohnzahlungspflicht. Die Einräumung arbeitsfreier Zeit wird unmöglich, wogegen die Erfüllung der anderen Leistung, der Lohnzahlung, möglich bleibt*. Auch wenn Ferien einen einheitlichen Anspruch darstellen und die Freizeitgewährung im Vordergrund steht, wäre es sinnlos, bei deren Unmöglichkeit auch die Lohnzahlung als andere Teilleistung dahinfallen zu lassen. Erhält der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Ferienvergütung, so ist er in der Lage, selber freie Zeit zu nehmen - nötigenfalls muss er mit einem neuen Arbeitgeber unbezahlten Urlaub entsprechender Dauer vereinbaren - und diese, dank Bezahlung, zur Erholung zu verwenden. Die Verwirklichung der Ferien ist somit bei Entrichtung des Ferienlohns nur während der Dauer des Arbeitsverhältnisses unmöglich*. 10 11

2.2 Ersatzleistungen

Namentlich in früheren Jahren wurde bei Nichteinräumung der Ferien vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses oft Unmöglichkeit und damit Untergang des ganzen Anspruchs angenommen*. Obwohl der Arbeitgeber durch die Nichterteilung eine Vertragsverletzung be- 12

---

3 z. B. SMOLENSKY S. 13, WEBER S. 42 ff (zwei nebeneinander bestehende Teilansprüche), STREIFF S. 83, anfänglich auch das deutsche Reichsarbeitsgericht, das sich jedoch bald von der Doppelnatur abwandte und Ferien als einheitlichen Anspruch auffasste.

4 vgl. Urteile des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 14. September und 9. Oktober 1972 (BJM 1973 S. 280 f)

5 vgl. Urteil des Gewerbegerichts Bern vom 31. Juli 1951, ARV 1953 S. 5

6 WEBER S. 43, TSCHUDI S. 147

7 vgl. Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 25. Mai 1967

8 so z. B. von BUEREN S. 161

9 vgl. TSCHUDI S. 147 sowie SCHWEINGRUBER, Arbeitsrecht S. 180: "Wohl lässt sich die Freizeit konstruieren als Arbeitspause oder Ruhezeit und in diesem Sinne als gesetzliche Arbeitszeitbeschränkung auffassen. Die Ferien sind aber entlöhnte Freizeit."

gangen hatte, wiesen die Gerichte den Anspruch mit der Begründung ab, er sei nicht vermögensrechtlicher, sondern ideeller Natur. Zum Teil wurde der Ferienlohn über Art. 97 OR als Schadenersatzanspruch zuerkannt. Meist scheiterte jedoch der Beweis des Vermögensschadens oder konnte sich der Arbeitgeber exkulpieren. Die Schadenersatzkonstruktion befriedigte auch nicht, sofern als Schaden der nichtbezahlte Ferienlohn angenommen wurde. Denn ein Zuspruch erfolgte erst, wenn der Arbeitnehmer nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses Ferien machte, da sonst kein Vermögensschaden entstand. Dies setzte voraus, dass der Arbeitnehmer zuerst auf eigene Rechnung die Ferien finanzierte, was ihm oft nicht möglich war. Auch eine Klage aus ungerechtfertiger Bereicherung half nicht, da sie vom vertraglichen Anspruch verdrängt wurde und der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht grundlos erbrachte*. 13

Es wäre unhaltbar, wenn der Arbeitgeber, der verpflichtet ist, die Ferien zu gewähren und deren Zeitpunkt zu bestimmen, aus seiner Untätigkeit oder seinem vertragswidrigen Verhalten zuletzt noch Nutzen ziehen könnte. Dem Arbeitnehmer darf jedoch nach Treu und Glauben zugemutet werden, nicht zugeteilte Ferienansprüche rechtzeitig anzumelden und nicht auf eine Abgeltung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu spekulieren. Die Lohnzahlung für nichtbezogene Ferien entspricht mittlerweile unangefochtener Uebung*. Die Verselb- 14
ständigung der Lohnzahlung bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses wird auch vom Gewerbegericht Zürich als Selbstverständlichkeit hingenommen*. Sie ist im übrigen Ausfluss der Entgeltsnatur der Ferien. 15
Dass der Arbeitnehmer den verselbständigten Ferienlohn gegenüber seinem Arbeitgeber geltend machen kann, zeigt auch die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zu den Ansprüchen auf Arbeitslosengeld. Nach ständiger Praxis wird der Lohn für noch nicht bezogene Ferien von der Arbeitslosenentschädigung grundsätzlich in Abzug gebracht*. 16

---

10 vgl. TSCHUDI S. 195 f, OSER-SCHOENENBERGER N. 7 zu Art. 341 OR, GOLDSCHMIDT S. 57 f, WEBER S. 108, WUETHRICH S. 156, CANNER-SCHOOP N. 1 zu Art. 64 ArbG, BGE 75 I 267, SJZ 1954 S. 180, Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 25. Mai 1967, BlZR 1963 Nr. 31

11 Im Gegensatz zur herrschenden Lehre schliessen BAERLOCHER (S. 78 ff) und MOLITOR (S. 93) auf Unmöglichkeit beider Teilleistungen, da sie infolge einheitlichen Anspruchs das rechtliche Schicksal teilen müssten.

12 vgl. SMOLENSKY S. 17

13 vgl. WEBER S. 108 f, TSCHUDI S. 195

14 vgl. SCHWEINGRUBER S. 183 f unter Verweis auf ZbJV 1932 S. 237 f, wonach der Arbeitgeber nach früherer Rechtsprechung die Ferien ausdrücklich und rechtzeitig verlangen musste, um in den Genuss der Entschädigung zu gelangen.

15 vgl. Urteil vom 25. Mai 1967: "Die Einheit des Anspruchs kann nun aber doch niemals dazu führen, bei Unmöglichkeit der einen Leistung die mögliche ebenfalls zu verneinen."

16 vgl. ARV 1957 S. 162 ff (Die Rechtsprechung über Arbeitnehmerferien und Arbeitslosenversicherung), ARV 1965 S. 40 sowie 6. Kapitel III 5.1 hienach.

2.3 Abgeltung

Da die Bezahlung des Lohns für nichtbezogene Ferientage bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Erfüllung einer Teilleistung des Ferienanspruchs darstellt, kann sie nicht als Abgeltung des Anspruchs bezeichnet werden. Abgegolten kann nur werden, was nicht geleistet wird*. Von Abgeltung könnte daher einzig die Rede sein, 17
wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer in irgendwelcher Form neben der Entrichtung des Ferienlohns den meistens bloss ideellen Nachteil der nicht erhaltenen Freizeit vergütete. Vergütungen für die Nichteinräumung der für die Ferien notwendigen Freizeit sind in der Praxis nicht gebräuchlich. Der Arbeitnehmer erleidet bei Nichterhalt der freien Zeit nur dann einen Nachteil, wenn er nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in einer ungünstigen Zeit Ferien machen muss oder wenn ihm ein neuer Arbeitsvertrag deren Nachholung verunmöglicht. Denkbar ist auch eine finanzielle Einbusse, wenn er in einem neuen Arbeitsverhältnis wesentlich mehr verdient, die Ferien also besser zur Zeit geringeren Verdienstes bezogen hätte. Grundsätzlich wären derartige Schäden zu vergüten, da der Arbeitnehmer Anspruch auf Erfüllung beider Teilleistungen hat, doch dürften allfällige Ersatzansprüche am Schadenbeweis des Arbeitnehmers und an der Entlastungsmöglichkeit des Arbeitgebers scheitern.

Aus dem gesetzlichen Verbot der Abgeltung des Ferienanspruchs während der Dauer des Arbeitsverhältnisses* darf nicht mittels 18
argumentum e contrario gefolgert werden, dass nach Beendigung unter gewissen Umständen ein Rechtsanspruch auf Abgeltung bestehe. Ein solcher Umkehrschluss geht über den Sinn der Bestimmung hinaus und ist deshalb unzulässig*. Die Vorschrift gestattet 19
einzig, dass die Ferienforderung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Form von Geld oder anderweitigen materiellen Leistungen erfüllt wird. Das Gesetz lässt damit zu, dass der Arbeitnehmer zugunsten finanzieller Vorteile nach beendigtem Arbeitsverhältnis auf die Ferienfreizeit verzichtet.

Es kann deshalb bei der Erbringung der verselbständigten Lohnzahlung nicht darauf ankommen, ob der Arbeitnehmer den ausbezahlten Ferienlohn später tatsächlich zur Finanzierung der entsprechenden Ferien verwendet oder sonst verbraucht. Bedingungen, wonach solche Lohnzahlungen zur Ferienfinanzierung zu verwenden seien, widersprächen der Entgeltsnatur der Ferien*. Wird beispielsweise ein 20

---

17 BAERLOCHER (S. 140 ff) will den seiner Meinung nach hinsichtlich beider Teilleistungen unmöglich gewordenen Ferienanspruch mit einem Surrogat, einer Hilfsform von Ferien, abgelten. Aus dem Zweck des Surrogats schliesst er, dass die Leistung wie der Ferienlohn zu berechnen ist und kommt so auf dem unnötigen Umweg zur gleichen Lösung wie die herrschende Praxis.

18 Art. 329 d Abs. 2 OR; 19 Unrichtig in diesem Sinne deshalb BÄRLOCHER S. 78 ff

Arbeitnehmer wegen eines Unfalles dauernd arbeitsunfähig, so dass er vorzeitig pensioniert werden muss, so kann er deshalb den Ferienlohn als Teilleistung dennoch beanspruchen. Auch bei ordentlicher Pensionierung und bei anderweitiger endgültiger Aufgabe der Erwerbstätigkeit bleibt der Ferienlohn geschuldet*. 21

2.4 Vererblichkeit des Ferienlohns

Da bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses der verselbständigte Ferienlohn nicht mehr zweckentsprechend verwendet werden muss, bleibt er selbst dann geschuldet, wenn das Arbeitsverhältnis infolge Todes des Arbeitnehmers aufgelöst wird. Die Forderung ist vererblich wie jede andere auf dem Arbeitsvertrag gründende Geldforderung*. Die Ferien kommen im übrigen nicht nur dem Arbeitneh- 22
mer persönlich zugute, sondern ebenso seinen Angehörigen. Auch ihnen wird meist nur dank dem Ferienlohn ein Ausspannen ermöglicht. Es wäre auch hier nicht einzusehen, weshalb der Arbeitgeber von der Nichtgewährung profitieren sollte. Für die Entgeltstheorie ist Vererblichkeit des Ferienlohns eine Selbstverständlichkeit*. 23

---

20 vgl. GOLDSCHMIDT SJZ 1939/40 S. 58: "Während bei fortdauerndem Arbeitsvertrag das Interesse des Arbeitgebers, dass die Ferien auch wirklich zur Erholung verwendet werden, eine Rolle spielt, entfällt ein solches Interesse bei der Leistung des Ferienentgelts nach Vertragsbeendigung. Gewiss besteht stets ein dahingehendes Interesse der Volksgesamtheit die an der Kräftigung des Arbeitnehmers interessiert ist, während es ihr im allgemeinen gleichgültig sein kann, in welchem Betrieb er seine Arbeit fortsetzt. Aber ein solches allgemeines Interesse wirkt sich mangels besonderer gesetzlicher Normen für die Rechtsbeziehungen der Einzelvertragsparteien nicht aus. ... Der Arbeitnehmer kann trotz der Zahlung des Entgelts sofort eine neue Stelle annehmen; besonders in Krisenzeiten ist ihm nicht zuzumuten, eine ihm angebotene Stelle nicht anzunehmen, um ein paar Tage Ferien zu machen."

21 vgl. STREIFF S. 90

22 Die Ansprüche aus dem vorausgegangenen Arbeitsverhältnis werden fällig, sind auszurechnen und zuhanden der Erbschaft auszuzahlen. (SCHWEINGRUBER S. 277)

23 vgl. GOLDSCHMIDT S. 58, TSCHUDI S. 204

Demgegenüber erachten die Vertreter der Fürsorgetheorie das Barentgelt als zweckgebunden und höchstpersönlich. Da beim Tod des Arbeitnehmers der persönliche Ferienbezug unmöglich wird, geht nach ihrer Ansicht der Ferienanspruch unter. Eine Vererbung fällt deshalb für sie ausser Betracht*. 24

Im Bundesbeamtenrecht wird eine Barvergütung für nicht bezogene Ferien an Hinterbliebene ausdrücklich ausgeschlossen*. 25

---

24 vgl. SMOLENSKY S. 16 f, WEBER S. 120, sowie deutsche Praxis (z. B. HUECK-NIPPERDEY S. 409 f), grundsätzlich auch BAERLOCHER (S. 128), der Vererblichkeit nur annimmt, sofern der Arbeitnehmer die Freizeit, noch nicht aber den Ferienlohn bezogen hat.

25 C 1 356

II. Freizeit zum Bezug der Ferien

1. Keine Arbeitspflicht

Hauptbestandteil der Ferienforderung ist die Freizeit, während der Erholung und Ausspannung zusätzlich zur sonstigen Freizeit möglich sein soll. Der Arbeitnehmer soll, losgelöst von seinen alltäglichen Aufgaben im Betrieb und den Belastungen durch das Arbeitsverhältnis, in völliger Unabhängigkeit über die freie Zeit verfügen können. Er muss die ganze Ferienzeit nach seinen persönlichen Wünschen und seinem Gutfinden gestalten können. Kann er dies nicht, weil er beispielsweise noch bestimmte betriebliche Aufgaben wahrzunehmen hat, so ist der Ferienanspruch nicht richtig erfüllt.

Soweit eine Arbeitspflicht besteht, kann nicht von Freizeit und damit auch nicht von Ferien die Rede sein. Wie bei ordentlicher Freizeit entfällt während der Ferien jegliche Arbeitspflicht. Schon bloss vorübergehende Arbeitsverpflichtungen beschneiden den Ferienanspruch. Bereitschaftsdienst oder Kontrollaufgaben in den Ferien beschränken die freie Verfügbarkeit des Arbeitnehmers über seine Ferienfreizeit, weshalb sie unzulässig sind. Keine Einwirkung des Arbeitgebers, welche dem Arbeitnehmer Erholung oder freie Gestaltung der Ferien erschwert, kann mit dem Ferienanspruch in Einklang gebracht werden. Auch das Weisungsrecht des Arbeitgebers besteht während der Ferienzeit nicht. Dagegen ist der Arbeitnehmer in den Ferien nach wie vor von gewissen Nebenpflichten des Arbeitsverhältnisses wie z. B. dem Schwarzarbeitsverbot, der Geheimhaltungspflicht oder der Treupflicht ganz allgemein nicht entbunden*. 26

Ueberstundenarbeit während der Ferien ist völlig ausgeschlossen. Sie wäre für den Arbeitnehmer stets unzumutbar*. Mit der Einräumung der Ferien durch den Arbeitgeber wird der Anspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber auf Unterlassung der Arbeitsleistung fällig. Der Arbeitnehmer kann dann jede Arbeit kurzerhand ablehnen. Ausnahmsweise gebietet jedoch die Treupflicht dem Arbeitnehmer trotz nichtbestehender Arbeitspflicht an den Arbeitsplatz zurückzukehren oder gewisse dringende Arbeiten zu verrichten. So wird aus der Treupflicht etwa das Recht des Arbeitgebers abgeleitet, in betrieblichen Notfällen den Arbeitnehmer aus den Ferien zurückrufen zu dürfen*. 27 28

---

26 vgl. 4. Kapitel B I 1 hievor

27 Für Art. 321 c OR (Ueberstundenarbeit) bleibt in den Ferien kein Raum.

28 vgl. C II 6. 3 hienach

2. Unbeschränkte Freizeit

2.1 Keine Bedingungen und Auflagen

Die Ferienfreizeit darf neben Belastungen durch Arbeitspflichten auch nicht durch andere Bedingungen oder Auflagen beschränkt werden. Eine Vorschrift beispielsweise, wonach die Ferien in einer bestimmten Gegend oder gar in einer bestimmten Pension zu verbringen seien, wäre unzulässig*. 29

Die Feriengestaltung ist dem freien Ermessen des Arbeitnehmers anheimgestellt*. Er ist allein durch die Treupflicht in seiner Ge- 30
staltungsfreiheit beschränkt. Doch geht diese Beschränkung nicht so weit, dass er die Ferien voll und ganz im Interesse des Arbeitgebers zu bestmöglicher Erholung und Erneuerung der Arbeitskraft verwenden oder diesem gar über die Verwendung Rechenschaft ablegen müsste. Natürlich sollen Ferien zweckentsprechend zu Erholung und Ausspannung verwendet werden. Neben der Erhaltung und Förderung der Gesundheit dienen die Ferien jedoch auch nocht dem umfassenderen Zweck der Persönlichkeitsentfaltung des Arbeitnehmers*. Bereits über die Frage, wie die Ferien im Interesse der 31
Gesundheit am besten genutzt werden, gehen die Ansichten stark auseinander. Individuelle Neigungen, Interessen und Bedürfnisse beeinflussen den Erfolg von Erholungsurlauben entscheidend. Während sich viele Leute mit Nichtstun am besten erholen, brauchen andere aktive Ferien. Die einen bevorzugen mondänes Strandleben oder berühmte Kurorte, andere flüchten sich in stillere Berggegenden und wieder andere bleiben am liebsten in ihrer gewohnten Umgebung. Noch schwieriger ist die Beurteilung, welche Art von rein persönlicher Erbauung dienenden Ferien sinnvoll ist. Hier sind die individuellen Interessen noch entscheidender. Mancher Arbeitnehmer geniesst die Freizeit zur Pflege von Hobbies, zum Lesen, zu künstlerischen Tätigkeiten oder zur Verschönerung von Heim und Garten, andere empfinden Lebensfreude nur in grösserer Gesellschaft, in Vergnügungsstätten, bei Festanlässen und dergleichen. In den Ferien soll jeder Arbeitnehmer grundsätzlich tun und lassen können, was ihm beliebt. Er soll sich ausruhen oder darauf verzichten können. Befriedigung durch persönliche Erlebnisse und Eindrücke kann entgangene Ruhe wettmachen. Es ist deshalb praktisch unmöglich festzustellen, ob diese oder jene Art der Feriengestaltung mehr oder weniger günstige oder ungünstige Nachwirkungen auf das Arbeitsverhältnis hat.

---

29 vgl. Eidg. Feriengesetz, Eingabe des Landesverbandes freier Schweizer Arbeiter, Art. 14

30 STREIFF S. 90

31 vgl. 1. Kapitel III 3.2 hievor

Der Arbeitgeber hat deshalb keinen Anspruch darauf, dass der Arbeitnehmer die Ferien in seinem Interesse verwendet*. Ein solcher Anspruch könnte höchstens durch die Fürsorgetheorie konstruiert werden, nicht aber, wenn man mit der herrschenden Theorie Ferien als Entgelt für geleistete Arbeit auffasst*. Dem Arbeitnehmer ist einzig untersagt, während der Ferien Schwarzarbeit zulasten des Arbeitgebers zu leisten*. Sonst bleibt die Verwendung der Ferien der Selbstverantwortung des Arbeitnehmers überlassen. Bei Missbräuchen hat der Arbeitgeber die Möglichkeit der Kündigung oder in krassen Fällen die der fristlosen Entlassung. 32 33 34

2.2 Verbot der Schwarzarbeit während der Ferien

2.2.1 Voraussetzungen und Folgen im allgemeinen

Das Obligationenrecht verbietet dem Arbeitnehmer absolut zwingend* die Leistung entgeltlicher Arbeit für einen Dritten, falls dadurch die berechtigten Interessen des Arbeitgebers verletzt werden. Leistet der Arbeitnehmer trotzdem solche Schwarzarbeit, so kann der Arbeitgeber den Ferienlohn verweigern und bereits bezahlten sogar zurückverlangen. 35

Schon in den kantonalen Feriengesetzen bestanden Schwarzarbeitsverbote. Zum Teil war nur bezahlte Berufsarbeit verboten (Solothurn), zum Teil jede Arbeit gegen Entgelt (Basel-Stadt, Waadt, Genf und Glarus). Die Kantone Waadt und Genf sahen sogar strafrechtliche Verurteilung vor. Neben der Möglichkeit des Arbeitgebers, bei Schwarzarbeit den Ferienlohn verweigern zu können, bestanden teilweise auch Bestimmungen, die dessen Rückforderung zuliessen*. 36

Heute ist in der Schweiz mangels gesetzlicher Grundlage strafrechtliche Sanktion für Schwarzarbeit ausgeschlossen. Damit der Arbeitgeber zu den privatrechtlichen Sanktionen greifen kann, setzt das Gesetz kumulativ zweierlei voraus*: entgeltliche Arbeit für Dritte sowie Verletzung berechtigter Interessen des Arbeitgebers. 37

2.2.2 Unentgeltliche Arbeiten

Als Schwarzarbeit fallen also vorweg sämtliche unbezahlten Arbeiten für Dritte ausser Betracht. Ebenso Arbeiten, die der Arbeitnehmer für sich selber oder seine Familie ausführt. Wenn beispiels-

---

32 vgl. TSCHUDI S. 199 f sowie Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 25. Mai 1967: "Hingegen setzt die Erreichung eines nach Lebensumständen, Beruf und besonderen, individuellen Bedürfnissen mit unterschiedlichen Mitteln zu verfolgenden Zweckes eine gewisse Freiheit der Gestaltung voraus, unabhängig davon, ob der Einzelne tatsächlich das ihm Zuträgliche erkennt, soll er jedenfalls imstande sein, den Erholungszweck auf die ihm gut scheinende Weise zu verwirklichen."

weise ein Handwerker in den Ferien Renovations- oder Ausbauarbeiten in seinem eigenen Heim vornimmt, so stellen diese Arbeiten selbst dann nicht Schwarzarbeit dar, wenn der Arbeitgeber dadurch konkurrenziert wird*. 38

2.2.3 Verletzung berechtigter Interessen des Arbeitgebers

Schwieriger ist die Beurteilung, welche Fälle bezahlter Arbeit für Dritte die Interessen des Arbeitgebers verletzen. Denkbar sind zwei Fälle, nämlich Konkurrenztätigkeit zulasten des Arbeitgebers oder Ueberarbeitung bzw. Nichterholung des Arbeitnehmers.

Konkurrenztätigkeit ist nur in der gleichen Branche und im Einzugsgebiet des Betriebes möglich. Ein Büroangestellter kann deshalb gegen Entgelt auf einem Bauernhof oder in einem Arbeitslager beim Wegbau in den Alpen arbeiten*. Von Konkurrenz kann auch nicht ge- 39
sprochen werden bei Tätigkeiten des Arbeitnehmers als Bergführer, Skilehrer, Sportinstruktor und ähnlichen Nebenbeschäftigungen, gefälligkeitsweisen Handreichungen für Nachbarn und Bekannte (Gartenarbeiten, Kontrollaufgaben usw.) sowie karitativen oder gemeinnützigen Arbeiten oder solchen im Interesse der Allgemeinheit*. 40
Konkurrenz liegt auch nicht vor, wenn ein in Bern arbeitender Spengler einem Berufskollegen im Tessin gegen Entgelt aushilft*, da der 41
Interessebereich des Berner Arbeitgebers nicht bis ins Tessin reicht.

Am heikelsten ist wohl die Frage, ob der Arbeitnehmer die Interessen des Arbeitgebers dadurch verletzt hat, dass er infolge seiner entgeltlichen Arbeit für Dritte mit verminderten Kräften aus den sogenannten Ferien zurückkehrt. Es lassen sich kaum handfeste Kriterien aufstellen, von welchem Grad der Ferienarbeit an die Arbeitskraft herabgesetzt wird. Die Gesamtumstände müssen berücksichtigt werden.

---

33 vgl. 1. Kapitel I. 2.2 hievor; 34 Art. 329 d Abs. 3 OR,
35 Art. 329 d Abs. 3 und 361 OR
36 vgl. 2.2 hienach; 37 TSCHUDI S. 122 f; vgl. Bbl 1960 II 1021, Botschaft 1967 S. 112 (Eine Partei verlangte, dass die Voraussetzung der Verletzung berechtigter Interessen des Arbeitgebers gestrichen werde. Man entschied sich jedoch für Beibehaltung der arbeitsgesetzlichen Fassung, da diese Ergebnis langer Beratungen war). Amtl. Bull. NR 1969 S. 431 f
38 vgl. ARV 1962 S. 51 f (Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 13. Februar 1960 betreffend Selbstinstallation einer Heizung.)
39 vgl. STREIFF S. 92
40 vgl. TSCHUDI S. 202
41 HINDERMANN S. 95

Sofern die Ferienarbeit gegenüber der üblichen Berufsarbeit eine gewisse Abwechslung bietet, ermöglicht sie eher Erholung und Ausgleich, verletzt die Interessen des Arbeitgebers also weniger als Berufsarbeit in der gleichen Branche. Ein Wechsel des Arbeitsortes und des Arbeitsrhythmus, vermehrte Selbständigkeit und fehlender Leistungszwang können trotz Ferienarbeit erholend wirken. Je mehr der Arbeitnehmer seine Ferienarbeit selbst bestimmen kann, desto weniger belastet sie ihn. Zulässig vom Gesichtspunkt der Ueberanstrengung aus sind regelmässige Tätigkeiten, die in einem Steckenpferd des Arbeitnehmers begründet liegen und er mitunter auch unentgeltlich ausübt (Bergführer, Tennislehrer, Skilehrer, Reiseleiter, Leiter künstlerischer Kurse, usw.)*. Da bei 42
unentgeltlichen Arbeiten der Arbeitgeber keinen Anspruch auf Feriengestaltung in seinem Interesse hat und auch höchst anstrengende Beschäftigungen wie sportliche und körperliche Extremleistungen, übermässige Vergnügungen oder kräfteraubende Arbeiten für den Arbeitnehmer selbst grundsätzlich erlaubt sind, sollte auch bei entgeltlicher Tätigkeit mit Zurückhaltung Verletzung der Interessen des Arbeitgebers wegen Ueberanstrengung des Arbeitnehmers angenommen werden*. Im Prozessfall hätte der Arbeitgeber die Ueber- 43
müdung nachzuweisen, da er daraus Rechte ableitet*. Dieser Nach- 44
weis dürfte schwer zu erbringen sein. Die Möglichkeit des Nachweises verletzter Interessen durch den Arbeitgeber entfaltet jedoch eine nicht zu übersehende vorbeugende Wirkung gegen Schwarzarbeit während der Ferien*. 45

2.2.4 Einverständnis des Arbeitgebers und Unabdingbarkeit des Schwarzarbeitverbots

Der Arbeitnehmer, der in den Ferien einer entgeltlichen Tätigkeit nachzugehen gedenkt, welche die berechtigten Interessen des Arbeitgebers verletzen könnte, tut gut daran, sich zuvor mit dem Arbeitgeber in Verbindung zu setzen. Der Arbeitgeber kann seine Interessen zurückstellen und damit dem Arbeitnehmer jede beliebige entgeltliche Ferientätigkeit gestatten*. 46

---

42 vgl. WEBER S. 77 f: Entgeltliche, erholsame Tätigkeiten sind "überall, wo es sich um Sport-, Spiel- oder künstlerische Tätigkeiten handelt und diese Tätigkeit in hohem Masse Ausspannung zu gewährleisten imstande ist", zulässig.

43 Im Amtl. Bull. NR 1969 S. 431 wird von starker Herabsetzung der Leistungsfähigkeit gesprochen, CANNER-SCHOOP N 15 zu Art. 64 ArbG setzt voraus, dass der Arbeitnehmer nach der Rückkehr aus den "Ferien" offensichtlich nicht mehr voll arbeitsfähig sei, während nach BIGLER N. 2g zu Art. 64 ArbG schon genügt, dass der Arbeitnehmer unausgeruht zur Arbeit zurückkehrt.

44 Art. 8 ZGB

45 vgl. WUETHRICH S. 157; 46 vgl. SCHWEINGRUBER S. 58 und 183

Im Gegensatz zum nichtzwingenden allgemeinen Schwarzarbeitsverbot, das die ordentliche Freizeit betrifft, ist dasjenige für die Dauer der Ferien absolut zwingend. Selbst Gesamtarbeitsverträge können es nicht beseitigen oder schlechterdings jede entgeltliche Arbeit während der Ferien untersagen*. Nicht gegen die Unabänderlichkeit des obligationenrechtlichen Schwarzarbeitsverbots verstösst dessen vertragliche Verstärkung durch eine Konventionalstrafe. Eine solche darf jedoch nicht unangemessen sein*. 47 48

2.2.5 Folgen von Schwarzarbeit während der Ferien

Als zwingende Folge der Schwarzarbeit sieht das Gesetz Verwirkung des Ferienlohns vor. Verwirkt ist der Lohn für die der Dauer der Schwarzarbeit entsprechende Ferienzeit, denn in diesem Umfang waren die Ferien gegenstandslos. Schwarzarbeit ist Vertragsverletzung. Entsteht durch sie dem Arbeitgeber ein zusätzlicher positiver Schaden in Form entgangenen Gewinns, so schuldet der Arbeitnehmer nach allgemeinen Grundsätzen dem Arbeitgeber Schadenersatz.

In schweren Fällen kann Schwarzarbeit Grund zur fristlosen Entlassung bilden. Gewöhnlich wird jedoch angesichts der gesetzlichen Sanktionen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht gleich unzumutbar sein, so dass der Arbeitnehmer vorerst verwarnt werden muss und erst im Wiederholungsfall sofort entlassen werden kann*. Der Vorentwurf 1950 zum Arbeitsgesetz sah bei Schwarzarbeit während der Ferien neben der Rückforderung des Ferienlohns ausdrücklich die Möglichkeit fristloser Entlassung vor*. Dass diese Sanktion nicht ins positive Recht übernommen wurde, deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber nicht schematisieren wollte und den wichtigen Grund zur Vertragsauflösung in der Regel erst in der zweiten Verfehlung erblickte. 49 50

2.3 Zusätzliche Freizeit

2.3.1 Möglichkeit voller Ausnützung

Mit dem Ferienanspruch wollte der Gesetzgeber dem Arbeitnehmer neben der ordentlichen zusätzliche Freizeit schaffen, über die er frei solle verfügen können. Es genügt nicht, dass dem Arbeitnehmer für die Ferien arbeitsfreie Zeit eingeräumt wird. Darüber hinaus muss er kräftemässig in der Lage sein, die freie Zeit tatsächlich nach seinem Belieben zu gestalten. Er muss hundertprozentig unternehmungsfähig sein, sonst kann der Ferienzweck nicht völlig verwirklicht werden. Ist er beispielsweise vorübergehend nur zu 50 % arbeits-

---

47 vgl. Art. 321 a Abs. 3, 329 d Abs. 3 und 361 OR sowie H. THALMANN-ANTENEN S. 214

fähig, wird er in der Regel auch in der Handlungsfreiheit ausserhalb der Arbeitszeit entsprechend eingeschränkt sein. Offensichtlich ist die Einschränkung, wenn er aus gesundheitlichen Gründen nur halbtageweise zu arbeiten vermag. Es ginge nun nicht an, Ferien in diese Zeit zu verlegen. Der Arbeitnehmer könnte sie auch nur zur Hälfte oder gar nicht ausnützen, indem er möglicherweise keine Unternehmungslust zu entwickeln vermöchte. Der Arbeitsunfähigkeit wird deshalb in Literatur und Praxis die Ferienunfähigkeit gleichgesetzt. Grundsätzlich müssen Ferien zu einer Zeit gewährt werden, da der Arbeitnehmer hundertprozentig arbeitsfähig ist.

Ausnahmsweise beeinflusst die Arbeitsunfähigkeit die freie Verfügung über die Ferien nicht. Wenn etwa ein Feinarbeiter oder ein Musiker die Hand im Gips hat, so wird er unter Umständen arbeitsunfähig, in der freien Feriengestaltung jedoch kaum geschmälert sein*. 51
Die Ablehnung von Ferien in solchen Fällen verstiesse gegen die Treupflicht und erschiene als rechtsmissbräuchlich.

2.3.2 Zusammenfallen mit Krankheit, Unfall und anderen Arbeitsverhinderungen

Ferienunfähigkeit besteht namentlich, wenn der Arbeitnehmer wegen Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Amtsausübung an der Arbeit verhindert ist (Art. 324 a OR). Während dieser Zeit kann der Ferienzweck nicht verwirklicht werden. Deshalb sieht die Seeschiffahrtsverordnung* vor, dass Arbeitsunterbrüche infol- 52
ge Krankheit nicht als Ferien angerechnet werden dürfen. Neben Krankheit und Unfall stehen hauptsächlich Militärdienst und die Pflicht des Lehrlings zum Besuch des beruflichen Unterrichts der freien Ferienverwendung entgegen.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, für eine beschränkte Zeit der Arbeitsverhinderung den Lohn fortzuzahlen. Er kann sich seiner Pflicht nicht dadurch entziehen, dass er die Ferien in jene Zeit verlegt. Der Ferienanspruch besteht unabhängig vom Anspruch auf Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung. Es handelt sich nicht um Alternativobligationen*. 53

---

48 vgl. z. B. Regional-GAV Maler- und Gipsergewerbe Oberaargau-Seeland (Art. 11. 8), wonach das Ferienguthaben des Arbeitnehmers bei der Ferienkasse durch die Berufskommission gesperrt werden kann und nach Anerkennung oder gerichtlichem Zuspruch der Konventionalstrafe bis zu deren Höhe zugunsten der Berufskommission verfällt.

49 vgl. TSCHUDI S. 201, WEBER S. 79, SCHWEINGRUBER S. 183 (in krassen Fällen beim ersten Mal).

50 Art. 31 Vorentwurf 1950 zum ArbG

51 vgl. Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 12. Dezember 1961, wonach ein Pianist mit verstauchtem Finger trotz Arbeitsunfähigkeit als erholungsfähig erachtet wurde, da er in seiner Bewegungsfreiheit nicht eingeschränkt war (BlZR 1963 Nr. 88 = ARV 1963 S. 100 ff).

Wegen der Entgeltsnatur der Ferien und des Interesses des Arbeitnehmers an Lohnfortzahlung wird aber nichts gegen eine Vereinbarung eingewendet werden können, wonach für diejenige Zeit der Arbeitsverhinderung Ferien gewährt werden, für die keine Lohnzahlungspflicht gemäss Artikel 324 a OR besteht. Beispielsweise für die Tage nach Ablauf der beschränkten Zeit oder für die drei Karenztage gemäss obligatorischer Unfallversicherung*. Wohl wird der Arbeitnehmer durch eine solche Anrechnung von Tagen der Arbeitsverhinderung in seinem Ferienanspruch geschmälert, doch dürfte dies oft das geringere Uebel sein als fehlendes Einkommen. 54

Abgesehen von diesem Sonderfall der nicht bestehenden Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers nimmt die herrschende Lehre Unvereinbarkeit von Arbeitsverhinderung und Ferien an, da der Ferienzweck nicht verwirklicht werden kann. Allgemein wird nicht nur Ferienzuteilung auf die Zeit der Verhinderung als unzulässig erachtet, sondern bei Auftreten des Verhinderungstatbestandes nach erfolgter Ferienzuteilung oder während der Ferien selbst ein Anspruch auf Nachgewährung im Umfange der Arbeitsverhinderung eingeräumt*. Weder mit der Zuteilung noch mit dem Antritt der Ferien geht die Gefahr eines Verlustes der Erholungszeit durch Krankheit, Unfall und dergleichen auf den Arbeitnehmer über*. Es wäre stossend, müsste der Arbeitnehmer, dem die Ferien frühzeitig eingeräumt worden sind, beispielsweise wegen kurzfristigen Aufgebots zum Militärdienst auf sie verzichten. 55 56

In der Praxis wird von den Arbeitnehmern oft Erkrankung oder Unfall während der Ferien als ihr eigenes Pech angesehen und somit Nachgewährung nicht geltend gemacht. Es wäre deshalb begrüssenswert, wenn der Nachgewährungsanspruch schriftlich niedergelegt würde. Das deutsche Bundesurlaubsgesetz sieht ihn hinsichtlich Krankheit ausdrücklich vor und verbietet die Anrechnung von Kuren und Schonzeiten auf den Urlaub, soweit ein gesetzlicher Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall besteht*. 57

Bei Krankheit während der Ferien hat der Arbeitnehmer dafür zu sorgen, dass er die durch Krankheit versäumte Ferienzeit dem Arbeitgeber belegen kann. Oft wird die Nachgewährung von einem ärztlichen Zeugnis oder korrekter Krankmeldung abhängig gemacht*. 58

---

52 Art. 35 Abs. 1 (SS. 747.301); 53 SJZ 1958, S. 151 ff

54 vgl. TSCHUDI S. 174 ff. Nicht an die Ferien angerechnet werden können dagegen die von der SUVA zu 80 % entschädigten Tage und auch nicht die Differenz von 20 %. Vgl. auch SMOLENSKY S. 76 und BAERLOCHER S. 98

55 vgl. CANNER-SCHOOP N. 1 zu Art. 64 ArbG, von BUEREN S. 161, BAERLOCHER S. 98, SCHENK S. 72, SCHWEINGRUBER S. 178 f, SJZ 1958 S. 151 ff, BlZR 1960 Nr. 31, 1963 Nr. 88, Urteile des Gewerbegerichts Zürich vom 12. Dezember 1961 und 25. Mai 1967 sowie des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 7. Oktober 1963 (BJM 1963 S. 78).

Soweit der gesetzliche Ferienanspruch eingeschränkt wird, darf die Nachgewährung nicht durch Vertrag an derartige Formalitäten geknüpft werden. Denn diese lassen sich nicht durch den Ferienzweck rechtfertigen und widersprechen Sinn und Zweck des Gesetzes. Als ungünstigere Abreden sind sie nichtig. Der Beweis der Verhinderung muss auch in anderer Form erbracht werden können. Bei Unfällen und schweren Erkrankungen ist es oft unsinnig, die Arbeitsunfähigkeit noch ärztlich bestätigen zu lassen. Die Aerzte sollten nicht über Gebühr mit administrativen Umtrieben belastet werden. Vorbehalten bleiben entsprechende Formvorschriften in normal- oder gesamtarbeitsvertraglichen Ordnungen gemäss Artikel 329 e OR.

2.3.3 Zusammenfallen mit ausserordentlicher Freizeit und Feiertagen

Sofern der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Gewährung ausserordentlicher Freizeit hat, darf der Arbeitgeber nicht auf die dafür benötigte freie Zeit Ferien ansetzen, um so den Anspruch umgehen zu können. Die Anrechnung üblicher Freizeit an den Ferienanspruch ist nur im Einverständnis des Arbeitnehmers möglich, wenn er sonst einen Lohnausfall erlitte (Arbeitnehmer im Akkord-, Stunden- oder Taglohn) und wenn die Aufteilung der Ferien zulässig ist*. [59] Der Arbeitnehmer kann beispielsweise nach vorherrschender Meinung den Ferienbezug in der Kündigungsfrist ablehnen, sofern er die Zeit zur Stellensuche benötigt. Er kann neben dem Ferienanspruch die übliche freie Zeit verlangen, da er den Erholungszweck der Ferien nicht verwirklichen könnte, müsste er sich während diesen mit der Stellensuche befassen*. [60]

Entsteht der Anspruch auf ausserordentliche Freizeit erst während der Ferien, so erwächst jedenfalls dann ein Nachgewährungsanspruch, wenn nach Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag für den bestimmten Anlass ein schematisierter positiver Anspruch auf bezahlte Freizeit vorgesehen ist, ein Anspruch also, der über die blosse Erlaubnis des Fernbleibens von der Arbeit hinausgeht (z. B. Pauschalurlaub bei Heirat, Wohnungswechsel usw., unabhängig vom tatsächlichen Freizeitbedarf). Im Personalrecht des Bundes wird Nachgewährung von Ferien- und Ruhetagen ausdrücklich vorgesehen, wenn sie mit Urlaubstagen bei Heirat, Todesfall, Wohnungs- und Zimmerwechsel sowie Sitzungen und Veranstaltungen von Berufsverbänden

---

56 vgl. WEBER S. 80 f; der Grundsatz "casum sentit dominus" hat im Ferienrecht keine Gültigkeit. Anderer Meinung SMOLENSKY S. 74).

57 §§ 9 und 10 Bundesurlaubsgesetz

58 § 9 Bundesurlaubsgesetz, SCHWEINGRUBER S. 178 f, SCHENK S. 162 sowie Art. 25 GAV Schreinergewerbe, wonach die ärztlich bescheinigten Tage unverschuldeter gänzlicher Arbeitsunfähigkeit nicht als Ferientage gelten und der Arbeitnehmer den Arbeitgeber sofort über die Erkrankung zu informieren habe. Als ungenügend erachtete das Gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt (Urteil vom 7. Oktober 1963 = BJM 1963 S. 78) ein ärztliches Zeugnis, welches

zusammenfallen*. Soweit eine Ordnung jedoch bloss verhindern 61
will, dass der Arbeitnehmer wegen bestehender Arbeitspflicht eine gewünschte Besorgung nicht vornehmen kann, muss geprüft werden, ob diese dem Arbeitnehmer nicht während der Ferien zugemutet werden kann. Eine Nachgewährung dürfte hier nur bei offensichtlicher Beschränkung der Ferienfreizeit in Frage kommen.

In bezug auf Feiertage, die in die Ferien fallen, wird oft die Ansicht vertreten, sie gingen im Ferienanspruch auf, da das Gesetz die Ferien nach Kalenderwochen berechne*. Dass eine Bemessung 62
des Ferienanspruchs nach Kalenderwochen zu ungerechten Ergebnissen führt und unter dem gesetzlichen Wochenbegriff vielmehr die Arbeitswoche zu verstehen ist, wurde bereits dargelegt*. Der 63
Arbeitgeber könnte bei Anrechnung der Feiertage auf die Ferien durch deren Ansetzung auf eine Zeit mit vielen Feiertagen (Karfreitag, Ostern, Pfingsten sowie Weihnachten und Neujahr) den Ferienanspruch aushöhlen*. Gemäss Entgeltstheorie hat der Arbeit- 64
nehmer volle Wochen verdient. Die Gleichstellung mit den andern Arbeitnehmern gebietet, dass ihm nicht Wochen als voll angerechnet werden, die keine solchen sind.

Das internationale Uebereinkommen vom 24. Juni 1936 über den bezahlten Urlaub hat die Anrechnung von offiziellen Feiertagen und solchen gewohnheitsbedingter Art auf die Ferien ausdrücklich als unzulässig erklärt*. Keine Diskussion kann auch nach deutschem 65
Bundesurlaubsgesetz entstehen, das den Ferienanspruch nach Werktagen berechnet und als solche alle Kalendertage definiert, die nicht Sonn- oder gesetzliche Feiertage sind*. Das Bundesgericht hat sich 66
gegen die Anrechnung von Feiertagen auf die Ferien ausgesprochen. Da der Feiertag neben dem eigentlichen Zweck zusätzliche Erholung ermögliche, würde der Arbeitnehmer durch eine Anrechnung in seinen Ansprüchen verkürzt. Bei bezahlten Feiertagen bewirkte eine Zusammenlegung von Ferien- und Feiertagen ausserdem eine Lohnschmälerung*. In vielen Gesamtarbeitsverträgen wird die Anrech- 67
nung von Feiertagen als Ferientage ausdrücklich ausgeschlossen*. 68
Der Arbeitnehmer darf nach Vertrauensprinzip davon ausgehen, dass die vereinbarten oder üblichen Feiertagsansprüche neben dem Ferienanspruch bestehen. Der gesetzliche Ferienanspruch darf nicht durch Anrechnung von Feiertagsansprüchen unterschritten werden. Entsprechende Vereinbarungen sind nichtig, vorbehältlich Artikel 329e OR.

"vom Arzt ausgestellt worden ist, ohne dass dieser den Patienten untersucht oder gesehen hat, sondern indem er lediglich auf Angaben des Arbeitnehmers oder von Drittpersonen abstellt."

59 vgl. TSCHUDI S. 15, RENGGLI S. 27 f

60 vgl. C III 2. hienach;

61 C 1 364.3400

62 vgl. Bbl 1960 II 1020, CANNER-SCHOOP N. 3 zu Art. 64 ArbG, SCHENK S. 68, STREIFF S. 83

63 vgl. A III 1.2 hievor;

64 RENGGLI S. 26

65 Art. 2 Ziff. 3;

66 § 3 Bundesurlaubsgesetz

67 BGE 91 I 241 ff;

68 z.B. Art. 45 Friedensabkommen Maschinenindustrie (8 bezahlte Feiertage), Art. 21.3.3 GAV Hoch- und Tiefbau (soweit gesetzliche Feiertage), Art. 18.4 GAV Holzindustrie.

3. Abgeltungsverbot

Das Obligationenrecht verbietet absolut zwingend die Abgeltung der Ferien durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses*. Das Verbot entgeltlicher Abgeltung umfasst a fortiori auch den unentgeltlichen Verzicht, gegen den der Arbeitnehmer zusätzlich, und zwar bis einen Monat nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses, geschützt ist*. Abgeltung gegen Geldleistung oder einen andern Vorteil nach Beendigung ist zulässig, ohne dass zuvor die einmonatige Schutzfrist verstreichen müsste. Die Abgeltung ist also nur solange unzulässig, als die Erfüllung der Hauptleistung, die Gewährung entsprechender Freizeit, noch möglich ist*. 69 70 71

Das Abgeltungsverbot erstreckt sich auf den ganzen Ferienanspruch jedes einzelnen Arbeitnehmers, nicht nur auf die gesetzlichen Mindestferien. Hat der Arbeitgeber vertraglich mehr als die gesetzlichen Mindestferien zugesichert, so kann er im Bedarfsfalle nicht plötzlich die Differenz in Form einer Geldleistung erbringen. Dagegen müsste eine Vereinbarung vor Beginn des Arbeitsverhältnisses, wonach der Mehrferienanspruch nur unter der Bedingung gewährt werde, dass ihn der Arbeitgeber bei Bedarf der Arbeitskraft durch eine geldwerte Leistung abgelten könne, als zulässig erachtet werden. Denn ein derartiger bedingter Mehranspruch stellt für den Arbeitnehmer gegenüber dem gesetzlichen Mindestanspruch in jedem Falle eine Vergünstigung dar.

Die Nichtigkeit der Abgeltung ist an sich sinnvoll. Eine privatrechtliche Ordnung kann jedoch tatsächliche Abgeltung in der Praxis nicht verhindern. Denn wo kein Kläger ist, da ist kein Richter. Zudem dürfte gemäss Treu und Glauben nach erfolgter Durchführung ein Arbeitgeber kaum mit dem Begehren auf Rückzahlung des Abgeltungsbetrages und ein Arbeitnehmer, der gegen einen geldwerten Vorteil auf die Ferien verzichtet hat, kaum mit der Forderung auf Feriengewährung durchdringen*. Solche nachträglichen Forderungen werden in aller Regel wegen widersprüchlichen Handelns rechtsmissbräuchlich erscheinen (venire contra factum proprium). 72

Eigentümlicherweise kann im Bereiche der Seeschiffahrt bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände der Ferienanspruch unter Einwilligung des Seemanns durch Zahlung abgegolten werden*. 73

---

69 Art. 329 d Abs. 2 OR; 70 Art. 341 Abs. 1 OR
71 vgl. CANNER-SCHOOP N. 14 zu Art. 64 ArbG
72 SCHWEINGRUBER S. 182
73 Art. 39 Abs. 3 Seeschiffahrtsverordnung (SS. 747.301)

III. Lohnzahlung

1. Grundsatz

1.1 Zweck der Lohnzahlungspflicht

Der Arbeitnehmer muss während der Ferien seinen Lohn fortbeziehen können. Sonst wäre er meistens gezwungen, einem andern Verdienst nachzugehen, da er in der Regel nicht über Ersparnisse zur Finanzierung arbeitsfreier Zeit verfügt. Sofern er sich während der freien Zeit noch um seine Existenz zu sorgen hat, ist Erholung und Ausspannung nicht möglich, kann also nicht von Ferien gesprochen werden. Nur bezahlte Ferien sind tatsächlich Ferien, so dass sich der Begriff "bezahlte Ferien" als Pleonasmus erweist*. 1

Die kantonalen Feriengesetze legten die Lohnzahlungspflicht ausdrücklich fest, ausgenommen der Kanton Tessin, der sie als selbstverständlich voraussetzte. Die Lohnzahlungsvorschrift wurde im Falle des Feriengesetzes Basel-Stadts als zivilrechtliche Bestimmung, die im Widerspruch zum Bundesrecht stehe, beim Bundesgericht angefochten. Dieses schützte sie jedoch. Die Pflicht zur Lohnzahlung während der Ferien verstosse nicht gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts, da sie erst den Ferienbezug ermögliche, mit der Ferienfreizeit also eine unauflösbare Einheit bilde. Der Gesundheitszweck könne nur bei bezahlter Freizeit verwirklicht werden*. 2

1.2 Unabdingbarkeit

Das Obligationenrecht schreibt dem Arbeitgeber absolut zwingend vor, dem Arbeitnehmer für die Ferien "den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturallohn" zu entrichten*. Die gesetzliche Lohnfortzahlungs- 3
pflicht kann nicht durch im ganzen gleichwertige normal- oder gesamtarbeitsvertragliche Regelungen abgeändert werden. Entgegen früheren Ordnungen, die feste Ferientaggelder, Lohnzahlung nach einer festen Stundenzahl pro Ferientag oder ähnliche abweichende Bestimmungen vorsahen*, sind heute abweichende Regelungen un- 4
zulässig. Als zulässig können im Rahmen des "Angemessenen" höchstens normal- oder gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen über die Entschädigung für ausfallenden Naturallohn erachtet werden*. 5

Durch die absolut zwingende gesetzliche Vorschrift ist sämtlichen privatrechtlichen Vereinbarungen über die Lohnzahlungspflicht während der Ferien die Grundlage entzogen worden. Bei Auseinander-

---

[1] vgl. TSCHUDI S. 16, SMOLENSKY S. 50; [2] vgl. BGE 58 I 26 ff
[3] Art. 329 d Abs. 1 OR, vgl. Art. 361 OR. Die allgemeine Vorschrift gilt gemäss Art. 355 OR auch für den Lehrvertrag und den Handelsreisendenvertrag (vgl. auch Art. 349 c OR) sowie nach Art. 353 c Abs. 1 auch für den Heimarbeiter, der ununterbrochen im Dienste des Arbeitgebers steht.

setzungen ist nicht der Wille der Parteien, sondern Sinn und Zweck des Gesetzes massgebend. Danach soll der Arbeitnehmer während der Ferien lohnmässig nicht besser und nicht schlechter gestellt sein, als wenn er arbeitete*. 6

Trotz ähnlichem Wortlaut unterscheidet sich die gesetzliche Regelung der Lohnfortzahlung während der Ferien von derjenigen bei Arbeitsverhinderung (Art. 324 a OR). Auch bei Arbeitsverhinderung ist der darauf entfallende Lohn fortzubezahlen, jedoch besteht die Möglichkeit abweichender mindestens gleichwertiger Regelung und es fehlt die beim Ferienlohn hervorgehobene verstärkende Präzisierung, dass es sich um den "gesamten" darauf entfallenden Lohn handeln müsse.

1.3 Behandlung des Ferienlohns als ordentlicher Lohn

Das Gesetz macht zwischen dem während der Ferien zu entrichtenden Lohn und dem Arbeitslohn keinen Unterschied. Der Ferienlohn ist deshalb dem Arbeitslohn in jeder Hinsicht gleichzustellen, also nicht nur in bezug auf Umfang, sondern auch hinsichtlich Privilegien, Fälligkeit, Verzicht, Verjährung usw.* 7

2. Umfang des Ferienlohns

2.1 Im allgemeinen

Der Arbeitnehmer soll während der Ferien finanziell nicht besser und nicht schlechter gestellt sein, als wenn er arbeitete. Er soll den gleichen Lohn erhalten wie für die ordentliche Arbeitsleistung. Der laufende Lohn ist ihm vollumfänglich fortzugewähren.

Aus diesem Grunde dürfen allfällige Nebenleistungen nicht ausser Acht gelassen werden, soweit sie einen Lohnbestandteil bilden und nicht lediglich Nachteile abgelten, die dem Arbeitnehmer unmittelbar durch die Arbeitsleistung erwachsen. Neben dem festen Zeit- oder Stücklohn kommen als Lohnbestandteile alle regelmässigen Vergütungen in Frage, die Entgeltscharakter haben (Provisionen, Umsatzzuschläge, Gewinnbeteiligungen, Tantièmen, Vergütungen und Zulagen aller Art, Trinkgelder, Naturalien usw.).

---

4 GOLDSCHMIDT S. 62; 5 vgl. A II 3.1.2 hievor sowie SCHWEINGRUBER S. 180; z.B. GAV Coiffeurgewerbe: Für nicht bezogene Unterkunft und Verpflegung Entschädigung von Fr. 12.-- pro Ferientag.

6 vgl. SMOLENSKY S. 51 f, WEBER S. 96, TSCHUDI S. 117 f, CANNER-SCHOOP N. 12 zu Art. 64 ArbG, SCHWEINGRUBER S. 180, STREIFF S. 90

7 vgl. OSER-SCHOENENBERGER N. 7 zu Art. 341 OR sowie BAERLOCHER S. 129

Nicht zu berücksichtigen sind dagegen ausnahmsweise erbrachte Sonderzulagen, deren Ausrichtung ins Ermessen des Arbeitgebers gestellt ist (freiwillige Gratifikation oder Jahreszulagen)*. Soweit der Arbeitnehmer einen Anspruch auf derartige Sonderzulagen hat, sie aber nicht mit dem ordentlichen Lohn fällig werden, können sie nicht Bestandteil des Ferienlohns sein. Sie haben jedoch ebenfalls Entgeltscharakter und können deshalb nicht wegen der Ferien herabgesetzt werden (z. B. 13. Monatslohn). 8

2.2 Provisionen

Einen wichtigen Bestandteil des Lohnes können Provisionen ausmachen. Das Obligationenrecht behandelt denn auch die Provision im Zusammenhang mit der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers*. Für den Handelsreisenden sieht es bei unverschuldeter Verhinderung an der Reisetätigkeit im Falle von Lohnfortzahlungspflicht neben dem festen Gehalt angemessene Entschädigung für den Ausfall der Provision vor*. 9 10

Der Arbeitnehmer, der auf Provisionsbasis entlöhnt wird, hat während der Ferien keine Gelegenheit zur Vermittlung von Geschäften, wodurch er einen Lohnausfall erlitte. Da er durch die Ferien nicht schlechter gestellt werden darf, ist ihm dieser Ausfall zu ersetzen, und zwar gleichgültig ob der Provisionsausfall den Lohn für den Ferienmonat oder für einen späteren Monat betrifft. Die infolge Ferienabwesenheit nicht realisierte Provision ist im Fälligkeitsmonat nach Durchschnittswerten auszugleichen. Die volle Vergütung der entgangenen Geschäfte bei regelmässiger Provisionszahlung entspricht herrschender Lehre*. 11

2.3 Trinkgelder

Auch Trinkgelder können in gewissen Berufen (Gastgewerbe - wobei nun allerdings das Bedienungsgeld im Konsumationspreis eingeschlossen ist -, Coiffeurgewerbe, Tankwarte, Taxichauffeure usw.) einen wichtigen Lohnbestandteil darstellen. Gelegentlich wird das Fixum wegen der zu erwartenden Trinkgelder zum vornherein etwas tiefer angesetzt. Als Lohnbestandteil sind Trinkgelder jedoch nur zu berücksichtigen, wenn sie mit einer gewissen Regelmässigkeit geleistet werden und tatsächlich ins Gewicht fallen*. 12

---

8 vgl. H. THALMANN-ANTENEN S. 212

9 vgl. Art. 322 b und c OR; 10 Art. 349 c OR

11 vgl. SMOLENSKY S. 54 f (seltene Zufallsgeschäfte klammert er aus), TSCHUDI S. 182, CANNER-SCHOOP N. 12 und BIGLER N. 2 e zu Art. 64 ArbG, BAERLOCHER S. 133, unbestimmt WEBER S. 97

12 Das Feriengesetz Basel-Stadts schloss geringfügige Beträge aus.

Ob der Kunde dem Arbeitnehmer unmittelbar das Trinkgeld als Anerkennung für die geleisteten Dienste gibt oder ob es der Arbeitgeber in Rechnung stellt und über einen sogenannten "Tronc" nach einem bestimmten Schlüssel als Umsatzbeteiligung den berechtigten Arbeitnehmern zukommen lässt*, hat keinen Einfluss auf den Lohncharakter der Trinkgelder*. 13 14

Nach neuerer Praxis sind Trinkgelder als Lohn beschränkt pfändbar*, womit über deren Eigenschaft als Lohnbestandteil jede Diskussion hinfällig wird. 15

Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer für den ferienbedingten Trinkgeldausfall einstehen. Es handelt sich dabei um eine Soziallast, so dass er den Ersatz nicht einem allfälligen Tronc entnehmen darf*. 16

Mit dem vollen Trinkgeldersatz lassen sich im Grunde genommen keine vertraglichen Bestimmungen vereinbaren, die einen festen Ersatzbetrag vorsehen*. Sie vermögen dennoch im Streitfalle eine zweckmässige Grundlage zu liefern, müssen jedoch dem Nachweis höherer Trinkgelder durch den Arbeitnehmer weichen*. Mindestansätze finden sich auch in der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung*. 17 18 19

2.4 Zulagen und Spesen

Lohncharakter haben auch regelmässige Zulagen und regelmässiger Ersatz von Aufwendungen, soweit dem Arbeitnehmer durch die Arbeitsleistung nicht entsprechende Auslagen erwachsen. Zu denken ist einmal an Sozialzulagen wie Teuerungs-, Orts-, Kinder-, Familien- und Alterszulagen, die aus sozialen Gründen das Einkommen des Arbeitnehmers verbessern und diesem bestimmungsgemäss während des ganzen Jahres zukommen sollen. Ferner an Erschwernis- oder Lästigkeitszulagen aller Art wie Schicht-, Hitze-, Staub- und Gefahrenzulagen sowie Zulagen für dauernde Nacht- und Sonntagsarbeit oder an Leistungszuschläge (Facharbeits-, Qualitäts- oder Quantitätszuschläge). Gegen die Fortzahlung der Sozialzuschläge werden

---

13 vgl. Art. 25 ff GAV Gastgewerbe; 14 vgl. TSCHUDI S. 183, CANNER-SCHOOP N. 12 zu Art. 64 ArbG, BAERLOCHER S. 133 f sowie SCHENK S. 89; anderer Meinung SMOLENSKY S. 55 f und WEBER S. 98.

15 vgl. SCHWEINGRUBER S. 79. Der Betreibungsbeamte weist den Trinkgelder empfangenden Arbeitnehmer und Schuldner an, einen bestimmten Betrag der Trinkgelder dem Betreibungsamt abzuliefern, unter Strafandrohung im Unterlassungsfall (BGE 84 III 38, 80 III 113, 79 III 157, 78 III 129, 71 III 21, 86 IV 172, 82 IV 189)

16 TSCHUDI S. 183 f, SCHWEINGRUBER S. 78 f

allgemein keine Einwendungen erhoben, während bezüglich Lästigkeitszuschlägen etwa geltend gemacht wird, sie seien nur wegen der Erschwernis bei der Arbeit geschuldet, in den Ferien entfalle somit ihr Rechtsgrund. Doch stellen auch diese Zuschläge für den Arbeitnehmer Einkommen dar. Er muss sie wie ordentlichen Lohn versteuern, und er empfände ihren Wegfall als Lohnreduktion. Soll der Arbeitnehmer lohnmässig während der Ferien nicht schlechter gestellt werden, so müssen ihm sämtliche regelmässig geleisteten Lohnzuschläge fortbezahlt werden*. 20

Arbeitnehmer, denen Auslagen ersetzt werden müssen, haben mitunter - aus Steuergründen, wegen Betreibungen oder Unterstützungsverpflichtungen - ein Interesse, dass ihnen übersetzte Spesen und dafür ein geringerer Lohn ausbezahlt werden. In den Spesen kann somit ein Teil des ordentlichen Lohnes verborgen sein, der in den Ferien fortzuzahlen ist. Massgebend ist der Anteil, welcher die ständigen Auslagen des Arbeitnehmers regelmässig übersteigt.

2.5 Naturallohn

Die regelmässige Leistung von Naturalien, namentlich bei Hausgemeinschaft der Unterhalt im Hause mit Unterkunft und Verpflegung*, 21
ist ebenfalls Teil des Lohnes. Soweit dieser Naturallohn während der Ferien ausfällt, hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift eine angemessene Barentschädigung zu entrichten.

Der Arbeitnehmer hat während der Ferien keinen Anspruch auf Fortleistung der Naturalien. Er kann nicht Fortsetzung der Hausgemeinschaft verlangen, falls er seine Ferien nicht auswärts verbringen
will*. Entsprechende Vereinbarungen sind jedoch zulässig. Zudem 22
kann die Pflicht zur Achtung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber gebieten, die Hausgemeinschaft über die Ferien ganz oder teilweise aufrechtzuerhalten. Umgekehrt kann der Arbeitgeber in keinem Fall verlangen, dass der Arbeitnehmer die Hausgemeinschaft über die Ferien beibehält. Dies wäre eine Einschränkung der Gestaltungsfreiheit der Ferien, die ihrem Zweck vollständig zuwiderliefe. Solche Abmachungen wären deshalb nichtig. Hinsichtlich anderer Naturalleistungen kann der Arbeitnehmer insoweit nicht zum tatsächlichen Bezug verhalten werden, als er dafür während der Ferien keine Verwendung hat oder sie die Verfügungsfreiheit des Arbeitnehmers einschränkten.

---

17 vgl. z. B. GAV Coiffeurgewerbe: bei Betrieben in Gemeinden mit
18 weniger als 2'000 Einwohnern Fr. 6.-- pro Ferientag, sonst Fr. 7.--.
19 vgl. Art. 329 d Abs. 1 in Verbindung mit Art. 361 OR
20 vgl.SS 831.101, sowie Art. 35 Abs. 3 und Art. 36 VO I zum ArbG
21 vgl. TSCHUDI S. 185 f, WEBER S. 92 ff, BAERLOCHER S. 134 f, STREIFF S. 90
22 vgl. Art. 322 Abs. 2 OR; vgl. SMOLENSKY S. 52, TSCHUDI S. 181, BAERLOCHER S. 136

Die Höhe der Barentschädigung für die Naturalbezüge kann Gegenstand von Auseinandersetzungen werden. Das Feriengesetz Basel-Stadts legte deshalb die Ersatzleistungen gesetzlich fest. Andere Kantone verwiesen auf vertragliche Abmachungen der Parteien. Oft bestimmten Normal- und Gesamtarbeitsverträge die für ausfallenden Naturallohn zu leistenden Entschädigungen. Noch heute bestehen derartige Ordnungen mit festen Ersatzbeträgen*. Wegen der absolut zwingenden gesetzlichen Vorschrift, dass die Vergütung angemessen sein müsse, sind sie jedoch - wenn auch praktisch zweckmässig - rechtlich problematisch. Zu tiefe Ansätze müssten auf das "Angemessene" erhöht werden*. 23 24

Nach dem Grundsatz, wonach der Arbeitnehmer in den Ferien einkommensmässig gleichgestellt sein soll wie während der ordentlichen Arbeitszeit, liegt "Angemessenheit" dann vor, wenn ihm der Betrag ersetzt wird, den er im täglichen Leben wegen der Naturalleistung erspart. Bei Hausgemeinschaft hat der Arbeitgeber mindestens für ausreichende Verpflegung und einwandfreie Unterkunft zu sorgen*. Entfällt diese Leistung, muss dem Arbeitnehmer somit ersetzt werden, was er für entsprechende Verpflegung und Unterkunft im täglichen Leben aufwenden müsste, wobei der Qualität der Naturalleistung im Einzelfall Rechnung zu tragen ist. 25

Gelegentlich wird zur Bestimmung der Barvergütung auf die Ansätze verwiesen*, welche die Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung* anwendet, oder bei Arbeitnehmern der Landwirtschaft auf die für die Bemessung der Wehrsteuer üblichen Ansätze*. Diese Ansätze gehen nicht über ein Minimum hinaus, das für einfache Verhältnisse eine angemessene Vergütung darstellt. Immerhin stützt sich auch die allgemeine Verordnung zum Arbeitsgesetz - etwa zur Abgeltung nicht bezogener Ruhezeit bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses - für die Bewertung des Naturallohnes auf die Beträge der Alters- und Hinterlassenengesetzgebung*. 26 27 28 29

.6 Indizien für den Umfang von Lohnbestandteilen

Indizien für Vorhandensein und Umfang von Lohnbestandteilen kann die im Vergleich zu andern Arbeitnehmern in ähnlichen Verhältnissen tiefere Ansetzung des festen Lohns liefern. Ferner spricht die Tatsache, dass der Arbeitnehmer gewisse Leistungen des Arbeit-

---

23 z.B. GAV Coiffeurgewerbe: Für nicht bezogene Unterkunft und Verpflegung Entschädigung von Fr. 12.-- pro Ferientag.

24 SCHWEINGRUBER S. 77, 180.

25 Art. 328 a OR

26 z.B. Art. 40 Abs. 3 Seeschiffahrtsverordnung oder Art. 35 GAV Gastgewerbe

27 Art. 11 (SS. 831.101), wonach Verpflegung und Unterkunft in nichtlandwirtschaftlichen Betrieben und im Hausdienst ab 1. Januar 1975 mit Fr. 13.-- im Tag bewertet werden.

gebers in der Steuererklärung neben dem Lohn als Einkommen deklariert, für das Vorliegen eines Lohnbestandteils und zwar in der Regel eines höheren als des deklarierten Betrages*. 30

3. Bemessung des Ferienlohns

3.1 Bei festem Wochen- oder Monatslohn

Keine Schwierigkeiten bietet die Bemessung des Ferienlohns, wenn der ordentliche Lohn nach längeren Zeitabschnitten wie Woche oder Monat berechnet und unabhängig von üblichen Schwankungen der Arbeitszeit stets in gleicher Höhe ausbezahlt wird. In diesen Fällen ist der ordentliche Lohn während der Ferien fortzubezahlen.

3.2 Bei veränderlichem Stunden-, Tag- oder Akkordlohn

Wird der Lohn nach kürzeren Zeitabschnitten (Stunden, Halbtagen, Tagen) oder nach der geleisteten Stückzahl bemessen, so können unregelmässige Arbeitszeiten zu erheblichen Lohnschwankungen führen. Es darf deshalb nicht auf irgendwelche früheren Lohnzahlungen zurückgegriffen werden.

Die Feriengesetze der Kantone Solothurn, Genf und Glarus stellten auf den Durchschnittsverdienst der letzten drei Monate vor den Ferien ab, während dasjenige Waadts keine Frist vorsah, die Entschädigung vielmehr ins Ermessen der Vollzugsbehörde legte*. 31
Das deutsche Bundesurlaubsgesetz bemisst den Ferienlohn nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst der 13 den Ferien vorausgegangenen Wochen, wobei Verdienstausfälle infolge Kurzarbeit, unverschuldeter Arbeitsverhinderung oder Arbeitsausfall nicht berücksichtigt werden*. Bei unterschiedlichen Tagesarbeitszeiten wurde 32
in Gesamtarbeitsverträgen oft vom Verdienst für einen 8-Stundentag ausgegangen*. Derartige schematisierte Lohnansprüche machen 33
aber nicht in allen Fällen den gesamten Lohn aus. Solche Regelungen widersprechen der absolut zwingenden Gesetzesvorschrift und sind damit nichtig.

Jedes Abstellen auf den vom Arbeitnehmer über eine bestimmte Zeit erzielten Durchschnittslohn benachteiligt ihn, wenn er aus irgendwelchen Gründen nicht voll arbeiten konnte. Es ginge nicht an, den Ferienanspruch einmal wegen Arbeitsverhinderung zu kürzen und dann noch den auf die verkürzte Feriendauer entfallenden Lohn durch Ein-

---

28 vgl. CANNER-SCHOOP N. 13 zu Art. 64 ArbG, HINDERMANN S. 94, BAERLOCHER S. 136

29 Art. 35 Abs. 3 und Art. 36 VO I zum ArbG

30 vgl. Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 21. Dezember 1972 (BJM 1973 S. 281)

bezug des bei der Arbeitsverhinderung ausgefallenen Verdienstes in die Durchschnittsberechnung herabzusetzen. Eine derartige Doppelbelastung des Arbeitnehmers infolge Verhinderung an der Arbeitsleistung widerspräche dem Sinn des Gesetzes.

Aus den gesetzlichen Kürzungsvorschriften muss gefolgert werden, dass dem Arbeitnehmer bei ungeschmälertem Ferienanspruch der vertragliche oder übliche Lohn nach der vollen für ihn geltenden Normalarbeitszeit* auszurichten ist. Zumal Freizeit und Lohn- 34
zahlung eine Einheit bilden*, darf der volle Lohn für die ordentli- 35
che Normalarbeitszeit solange nicht gekürzt werden, als nicht nach den Kürzungsregeln der ganze Ferienanspruch herabgesetzt werden kann. Bei Kürzung sind Freizeit und Lohnzahlung im gleichen Verhältnis zu verringern. Da hinsichtlich Feriendauer bei einer Kürzung auf die Normalarbeitszeit abgestellt wird*, muss in jedem 36
Falle auch der Lohn nach der Normalarbeitszeit berechnet werden.

Der Ferienanspruch ist in unklaren Fällen auf Ferientage oder -stunden umzurechnen und die entsprechende Zeit sodann wie Arbeitszeit zum geltenden Tages- oder Stundenansatz zu vergüten. Bei Akkordlohn kann der Stunden- oder Tagesverdienst über die durchschnittliche Leistung pro Stunde oder Arbeitstag ermittelt werden*. 37
Die Bemessungsfrage bei unregelmässigen Lohnbezügen erweist sich damit gar nicht als Frage der Lohnbemessung, sondern als solche der Freizeitbemessung.

3.3 Bei Kurzarbeit oder Ueberstundenarbeit

Aus den gleichen Gründen vereinfacht sich das Problem des Ferienlohns bei Kurzarbeit. Wird beispielsweise in einem Betrieb vorübergehend nur an vier statt wie normalerweise an fünf Tagen pro Woche gearbeitet, so kommt der Arbeitnehmer, dem in dieser Zeit Ferien zugeteilt werden, nur in den Genuss von vier statt der ihm zustehenden fünf Ferientage pro Woche. Die dadurch nicht gewährten Ferientage müssen ihm zusätzlich eingeräumt werden, damit der Anspruch vollumfänglich erfüllt ist. In gleicher Weise sind einzelne Stunden nachzugewähren, wenn die Kurzarbeit in Form von verkürzter täglicher Arbeitszeit durchgeführt wird.

---

31 TSCHUDI S. 118; 32 §11 Bundesurlaubsgesetz
33 SMOLENSKY S. 51
34 vgl. 4. Kapitel A I 2.1 hievor; 35 vgl. I hievor
36 vgl. A III 3.4 hievor
37 vgl. SMOLENSKY S. 53 f, WEBER S. 92 f, TSCHUDI S. 181, BAERLOCHER S. 132. Demgegenüber empfiehlt das BIGA Abstellen auf den durchschnittlich verdienten Arbeitslohn und Berechnung nach Bruttolohnprozenten - bei zwei Wochen Ferien 4 %, bei drei 6,12 % und bei vier 8,33 % (Auskunft vom 10. März 1972, ARV 1972 S. 31). Eine solche Berechnungsweise bringt aber den Arbeitnehmer unter Umständen um den in den Kürzungsvorschriften liegenden Vorteil.

Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer nicht ferienhalber von der Arbeitspflicht entbinden, wenn dieser schon nach Vertrag von der Arbeitsleistung befreit ist. Möglich ist jedoch - unter Beachtung des Grundsatzes der zusammenhängenden Gewährung der Ferien - die Vereinbarung, dass die infolge Kurzarbeit unbezahlte Freizeit gegen Bezahlung an die Ferien angerechnet wird*. 38

Allgemeine Ueberstundenarbeit im Betrieb beeinflusst den Ferienanspruch des in den Ferien weilenden Arbeitnehmers nicht. Einerseits hat er keinen Anspruch auf die Leistung von Ueberstundenarbeit, und anderseits stellt sie eine ausnahmsweise Mehrbelastung des Arbeitnehmers dar, die ihm nur bei Abgeltung der Nachteile durch Lohnzuschlag oder Freizeitausgleich zugemutet werden kann.

Die vorherrschende schweizerische Lehrmeinung stellt in bezug auf den Umfang der Lohnzahlungspflicht grundsätzlich auf die während der Ferien im Betrieb herrschenden normalen Arbeitsverhältnisse ab und berücksichtigt Kurz- oder Ueberstundenarbeit nur, wenn sie in der Zeit vor den Ferien durch lange und regelmässige Leistung normale Arbeitszeit wurde*. Hat die normale Arbeitszeit dauernd 39
geändert, so ist zu beachten, dass die Normalarbeitszeit desjenigen Jahres Berechnungsgrundlage bildet, für das die Ferien bezogen werden. Denn Ferien sind Entgelt für die während des Dienstjahres geleistete Arbeit.

3.4 Bei Heimarbeit

Für den Heimarbeiter, der keiner festen Arbeitszeit unterworfen ist, musste der Gesetzgeber eine besondere Vorschrift hinsichtlich Ferienlohn aufstellen. Der Arbeitgeber hat ihm den Lohn nach dem durchschnittlichen Lohn des Dienstjahres zu entrichten*. 40

Der Heimarbeiter, der nicht dauernd im Dienste des Arbeitgebers steht, hat lediglich Anspruch auf eine Ferienvergütung im Juli jeden Jahres von 4 % des Lohnes der vergangenen zwölf Monate*. 41

---

38 vgl. NIKISCH S. 455, wonach bei Kürzung des Ferienlohns während der Ferien nicht nur der Lohn, sondern auch die Freizeit gekürzt werde. Rechne man dem Arbeitnehmer Aussetztage oder verkürzte Arbeitstage als volle Urlaubstage an, so erhalte er nur dann den ihm zustehenden Urlaub, wenn man diese Tage als volle Arbeitstage behandle, indem man für sie den vollen Lohn zahle. Gleicher Meinung HUECK-NIPPERDEY S. 406

39 vgl. SMOLENSKY S. 58, WEBER S. 101 f, TSCHUDI S. 184 f, CANNER-SCHOOP N. 12 zu Art. 64 ArbG (Sie stellen jedoch bei veränderlichem Einkommen auf das durchschnittliche Entgelt ab), BAERLOCHER S. 130 ff (zum Teil abweichend, jedoch mit gleichem Ergebnis). SCHWEINGRUBER (S. 180) schliesst dagegen

4. Ferienprozente und Ferienkassen

4.1 Lohnprozente und Feriendauer

Bei Regelungen, die den Ferienanspruch nach Prozenten des Bruttolohnes bemessen, bietet die Lohnzahlungsfrage keine Schwierigkeiten*. Der Umfang des Ferienlohnes steht hier vor der Feriendauer 42
fest. Diese ist durch Messung des Gesamtlohnes mit dem Lohn für einen Normalarbeitstag vorerst zu bestimmen. Auf diese Weise stehen Dauer der Freizeit und Lohn auch hier in dem Verhältnis, das Artikel 329 d OR absolut zwingend fordert. Ordnungen, die auf Bruttolohnprozenten beruhen, regeln somit nur den Umfang des Ferienanspruchs, sind also nicht etwa wegen Abweichung von der zwingenden gesetzlichen Lohnzahlungsvorschrift nichtig.

4.2 Bemessung der Lohnprozente

Während der Arbeitnehmer bei Prozentordnungen den Vorteil fehlender Karenzfrist hat, wirkt sich für ihn nachteilig aus, dass ihm jeder Ausfall ordentlichen Lohnes den Ferienanspruch mindert. Er kommt nicht wie die übrigen Arbeitnehmer in den Genuss der in den Kürzungsbestimmungen liegenden Schonfristen. Immerhin schafft die Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsverhinderungen für ihn einen gewissen Ausgleich, indem er mit dem fortzuzahlenden Lohn auch die Ferienvergütung weitererhält. Wird aber die Lohnfortzahlungspflicht durch eine gleichwertige Versicherung abgelöst*, so stellt 43
deren Leistung an sich keine Lohnzahlung mehr dar, so dass davon auch kein Feriengeld zu entrichten ist.

Die normal- oder gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen im Sinne von Artikel 329 e OR können grundsätzlich frei bestimmen, auf welchem Lohn oder welchen Lohnbestandteilen die Ferienentschädigung zu entrichten ist. Möglich ist, dass Gutschriften für den Fall von Arbeitsverhinderungen vorgesehen werden*. Stellt die Regelung al- 44
lein auf den Bruttolohn ab, so ist die Vergütung von sämtlichen regelmässigen Lohnbestandteilen sowie - in Angleichung an die ordentliche gesetzliche Regelung, die grundsätzlich von der Dauer des Arbeitsverhältnisses ausgeht - den mit dem ordentlichen Lohn vom Arbeitgeber ausbezahlten Ersatzleistungen (Feiertagsentschädigungen, Schlechtwetterentschädigungen, Lohn für Arbeitsverhinderung, usw.) zu entrichten. Ausser Betracht fallen jährliche Sonderleistungen wie Gratifikationen oder der 13. Monatslohn.

---

auch Ueberstundenzuschläge ein, die dem arbeitenden Personal gewährt werden und stützt sich bei fehlenden Grundlagen auf den Lohnbezug im Vorjahr unter Berücksichtigung der bestehenden Beschäftigungslage, gegebenenfalls auf einen Durchschnittslohn.

40 Art. 353 c Abs. 1 OR

41 Art. 353 c Abs. 2 OR; vgl. Botschaft 1967 S. 178

42 vgl. A III 3.2 hievor

43 Art. 324 a Abs. 4 OR

4.3 Ferienkassen

In der Regel wird die Ferienentschädigung dem Arbeitnehmer mit jedem Zahltag in Form von Ferienmarken ausgehändigt. Den Gegenwert für die Marken hat der Arbeitgeber einer Ferienkasse zu überweisen. Hat der Arbeitnehmer genügend Marken zusammengespart, kann er mit diesen bei der Kasse den Ferienlohn geltend machen. Die Kasse bezahlt den Lohn vor Antritt der Ferien aus, sofern der Arbeitgeber mit dem Ferienbezug einverstanden ist.

Statt durch Marken kann der Verkehr mit der Kasse auch durch andere Bescheinigungen abgewickelt werden. Bekannt ist namentlich das Ferienscheinsystem, bei welchem der Arbeitgeber den jeweiligen Lohn gutschreibt und nach dem Ferienbezug mit der Kasse abrechnet.

Der Arbeitnehmer hat gewöhnlich gegen die Kasse erst dann einen Anspruch, wenn die sich aus Marken oder Gutschriften ergebende Forderung eine bestimmte Mindesthöhe erreicht. Dadurch wird verhindert, dass der Arbeitnehmer die Ferien tageweise beziehen und sie so dem Erholungszweck entfremden kann. Ein weiterer Vorteil der Ferienkassen liegt darin, dass der Arbeitnehmer trotz mehreren kurzfristigen Arbeitsverhältnissen in den Genuss richtiger, zusammenhängender Ferien kommt und nicht mit jedem einzelnen Arbeitgeber über kurze Ansprüche abrechnen muss.

Anderseits erfordert die Führung jeder Ferienkasse einen finanziellen Aufwand (ca. 1 % der Ferienlohnsumme), der durch die Arbeitsvertragsparteien in irgendeiner Form getragen werden muss. Die Einrichtung lohnt sich deshalb nur in Branchen, wo kurzfristige Arbeitsverhältnisse häufig vorkommen. Die Kassen werden zum Teil von Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberverbänden einseitig oder dann paritätisch verwaltet. Sie haben meistens die Rechtsform selbständiger oder unselbständiger Stiftungen.

Die Ferienkassen fanden seit den Dreissigerjahren hauptsächlich im Baugewerbe und in den mit diesem verbundenen Branchen rasch weite Verbreitung. In den letzten Jahren entwickelten sie sich eher rückläufig, weil grössere Firmen dazu übergegangen sind, mit jedem Zahltag entweder die Ferienvergütung in bar auszurichten oder dem Arbeitnehmer einen Ausweis über das bei der Firma bestehende Ferienguthaben abzugeben. Auch die Tendenz zu festen Arbeitsverhältnissen mit Monatslohn wird von Einfluss gewesen sein. So ging beispielsweise der Jahresumsatz der Ferienkasse des Hoch- und Tiefbaugewerbes von ca. 80 Millionen Franken im Jahre 1964 auf 50 Millionen im Jahre 1968 und auf 52 Millionen im Jahre 1969 zurück*. [45]

---

[44] z.B. Art. 16.3 GAV Tapezierergewerbe, wonach dem Arbeitnehmer für bis 4 Wochen Militärdienst, für die ersten zwei Monate unverschuldeter Arbeitsversäumnisse und für die Ferienzeit sowie Feiertage die volle prozentuale Ferienentschädigung gutzuschreiben ist.

[45] vgl. BAERLOCHER S. 152 ff, TSCHUDI S. 187 ff, SMOLENSKY S. 60 ff sowie die Reglemente betreffend Ferienkassen der einzelnen Branchen

4.4 Barauszahlung der Ferienprozente mit dem ordentlichen Lohn

Die Barauszahlung der Ferienprozente mit jedem einzelnen Zahltag ist zu verwerfen, da die für die Ferien bestimmte Entschädigung im ordentlichen Lohn unterzugehen droht. Arbeitnehmer, die nicht zu sparen verstehen, werden zu gegebener Zeit wegen aufgebrauchten Ferienlohnes nicht in der Lage sein, tatsächlich Ferien zu nehmen. Trotzdem ist eine solche Auszahlung rechtlich zulässig, wenn nicht normal- oder gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen sie verbieten.

Der Ferienlohn ist in der schriftlichen Lohnabrechnung gesondert aufzuführen, da der Arbeitgeber die Beweislast für dessen Ausrichtung trägt*. 46

5. Zusätzliches Feriengeld

5.1 Rechtfertigung zusätzlichen Feriengeldes

Die Fortzahlung des ordentlichen Lohnes erlaubt dem Arbeitnehmer in der Regel noch nicht, die Ferien ausserhalb seiner gewohnten Umgebung zu verbringen. Auswärtige Ferien verteuern den Lebensunterhalt. Wenn der Arbeitnehmer deshalb nicht entsprechende Ersparnisse hat bilden können, so ist er gezwungen, zu Hause zu bleiben. Auswärtige Ferien bieten jedoch ungleich günstigere Erholungsmöglichkeiten. Aus dieser Erkenntnis hat sich verschiedenenorts die Uebung entwickelt, dass zusätzlich zum ordentlichen auf die Ferien entfallenden Lohn ein besonderes Feriengeld entrichtet wird, das die Mehrkosten auswärtigen Ferienaufenthaltes ganz oder teilweise decken soll*. 47

Besonders bei Lehrlingen, Jugendlichen und Angelernten, deren niedriger Lohn eine volle Ausnützung der Ferien meist verunmöglicht, haben die Berufsverbände kollektivvertraglich Ferienzuschüsse vereinbart und auch ausbezahlt*. In den Niederlanden ist neben dem or- 48
dentlichen Lohn für die Dauer der jährlichen Ferien zusätzlich der Lohn für zwei Arbeitswochen geschuldet, und in Belgien während der Ferien doppelter Lohn zu bezahlen*. In den USA handelte die 49
Stahlarbeiter-Gewerkschaft erstmals Ende der Sechzigerjahre einen Urlaubszuschuss von 30 Dollar pro Woche aus*. 50

5.2 Zulässigkeit zusätzlichen Feriengeldes

Mit dem Inkrafttreten der neuen absolut zwingenden Ferienlohnbestimmung von Artikel 329 d OR sind nun aber derartige zusätzliche Feriengelder problematisch geworden. Sie erhöhen im Grunde genommen den auf die Ferien entfallenden Lohn, womit sie gegen die Unab-

---

46 vgl. Urteil Nr. 21 vom 27. Januar 1966 des Gewerbegerichts Bern

47 sowie C II 8. hienach

48 vgl. TSCHUDI S. 186; SCHWEINGRUBER S. 181 f

änderlichkeit der Gesetzesnorm verstiessen. Die Rechtmässigkeit wird deshalb in Frage gestellt*. 51

Weder in der Botschaft noch in den Beratungen der revidierten Bestimmungen deutet jedoch irgendetwas darauf hin, dass der Gesetzgeber solche Zuschüsse hätte unterbinden wollen. Es ging ihm allein darum, die Verwirklichung des Ferienzwecks sicherzustellen. Die Unabänderlichkeit betrifft daher hauptsächlich das Abgeltungsverbot und das Schwarzarbeitsverbot. Dass über die Sanktionen für Schwarzarbeit hinaus im gleichen Artikel noch weitere Interessen der Arbeitgeber zwingend hätten garantiert werden sollen, ist nirgends ersichtlich. Vielmehr sollte die Position des Arbeitnehmers geschützt werden. Absatz 1 von Artikel 329 d OR wurde wohl unabsichtlich unter die absolut zwingenden Vorschriften gestellt. Angezeigt wäre die Einreihung unter Artikel 362 OR gewesen. Soweit einzel-, normal- oder gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen unabhängig von Ferienlohnvorschriften bestimmte Zuschüsse vorsehen, dürfte gegen deren Zulässigkeit nichts eingewendet werden können*. 52
Der Gesetzgeber wollte die Privatautonomie der Parteien keinesfalls derart einschneidend beschränken, schon gar nicht in einem dem Ferienzweck dienenden Punkt. Es wäre widersinning, wenn die Parteien acht Wochen Ferien, nicht aber vier Wochen mit Zulage neben dem ordentlichen Lohn vereinbaren könnten oder das ganze Jahr hindurch den doppelten Lohn, nicht aber einen entsprechenden Zuschlag während einiger Wochen Ferien. Das zusätzliche Feriengeld könnte in jedem Falle als Schenkungsversprechen zugesichert werden. Es muss aber auch formlos gültig sein.

5.3 Bedingungen und Zweckgebundenheit zusätzlichen Feriengeldes

Das zusätzliche Feriengeld dient der richtigen Gestaltung der Ferien, damit also auch den Interessen des Arbeitgebers, indem er anschliessend über eine körperlich und geistig frischere Arbeitskraft verfügen kann. Damit das Feriengeld richtig verwendet wird, kann es von Bedingungen abhängig gemacht werden, zum Beispiel von einem Ortswechsel während einer bestimmten Mindestdauer und über eine gewisse Mindestdistanz. Es ist auch ein Mittel zur Aufwertung unattraktiver Jahreszeiten, indem beispielsweise eine Zulage während der Wintermonate die Reise in ein warmes Land möglich macht.

---

49 Amtl. Bull. NR 1969 S. 791; 50 W. SCHWEISHEIMER, GewRS 1969 S. 177

51 STREIFF (S. 238) verneint sie, räumt aber ein, dass der Gesetzgeber die Norm vermutlich wegen Abgeltungs- und Schwarzarbeitsverbot unter die absolut zwingenden Bestimmungen einreihte.

52 vgl. SCHWEINGRUBER S. 181 f

Aehnliche Einwirkungsmöglichkeiten hat der Arbeitgeber, wenn er verbilligte oder kostenlose Ferienaufenthalte in betriebseigenen oder gemieteten Ferienwohnungen, Hotels oder Pensionen anbietet. Diese geldwerten Vorteile haben ebenfalls den Charakter eines zusätzlichen Feriengeldes*. 53

Rechtsgrund der Leistung zusätzlichen Feriengeldes ist stets eine zweckmässigere Gestaltung der Ferien. Das Geld muss bestimmungsgemäss Verwendung finden, im Gegensatz zum gewöhnlichen Ferienlohn, der wie ordentlicher Lohn nicht an einen bestimmten Zweck gebunden ist. Die Zweckgebundenheit des zusätzlichen Feriengeldes macht dieses zu einer höchstpersönlichen Forderung, die nicht abgetreten werden kann und die unvererblich sowie nicht verrechenbar ist. Mangels besonderer Schutzvorschriften kann es hingegen gepfändet werden*. Aus der besonderen Zweckbestimmung 54
folgt zudem Fälligkeit vor Ferienantritt*. 55

---

53 vgl. WILLI S. 36 f

54 Art. 125 Ziff. 2 und 164 OR sowie Art. 92 f SCHKG; vgl. NIKISCH S. 364 und zur Pfändbarkeit BGE 84 III 7

55 vgl. BAERLOCHER S. 140

C. Entstehung und Fälligkeit des Ferienanspruchs

I. Entstehung

1. Anwachsen des Anspruchs

Ferien dienen der körperlichen und geistigen Erholung des Arbeitnehmers. Das Erholungsbedürfnis ist grösser, wenn die Arbeitsleistung oder die Arbeitsdauer zunehmen. Je umfangreicher die Dauer der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit und je länger die Zeitspanne, innerhalb welcher ohne richtigen Erholungsunterbruch gearbeitet wird, umso grösser die Notwendigkeit der Ferien.

Die kantonalen Feriengesetze verneinten ein Ferienbedürfnis und gewährten deshalb keinen Ferienanspruch bei kurzdauernden Arbeitsverhältnissen und bei solchen, wo nicht ein Mindestmass täglicher oder wöchentlicher Arbeitszeit erfüllt war. So setzten einige Kantone eine wöchentliche Arbeitsleistung von mindestens 20 Stunden voraus (Schwyz, Zürich, Basel-Stadt und Basel-Land), während andere den Anspruch von einer Beschäftigung im Umfange mindestens eines Drittels oder Viertels der gesetzlichen oder berufsüblichen Arbeitszeit abhängig machten (Genf, Zug, Solothurn, Glarus)*. Dem 1
Teilzeitarbeiter wurde der Anspruch mit der Begründung abgesprochen, die Arbeit ermüde ihn nicht, es stehe ihm genügend Erholungsfreizeit zur Verfügung. Dies mag wohl vom Standpunkt der rein körperlichen Gesundheit zutreffen. Dass aber kein geistiges Bedürfnis nach einem periodischen, zusammenhängenden längeren Arbeitsunterbruch bestehe, ist unrichtig. Auch der Arbeitnehmer mit Teilzeitarbeit muss Gelgenheit haben, seinen gewohnten Lebensrhythmus einmal jährlich unterbrechen zu können. Bei ständiger, wenn auch noch so geringfügiger Arbeitspflicht käme er sonst nicht in die Lage, richtige Ferien ausserhalb seiner gewohnten Umgebung zu machen oder beispielsweise eine vierzehntägige Reise zu unternehmen. Es rechtfertigt sich auch deshalb nicht, die Ferien von einer wöchentlichen Mindestarbeitszeit abhängig zu machen, da sie Entgelt für geleistete Arbeit sind.

Das Obligationenrecht kennt keine Bedingung einer täglichen oder wöchentlichen Mindestarbeitszeit*. Es verlangt einzig, dass das 2
Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen worden ist. Abgesehen von diesem Er-

---

[1] RENGGLI S. 31; [2] vgl. Botschaft 1967 II 111: "Ferien sind bei jedem Arbeitsverhältnis zu gewähren, also auch bei Teilzeitarbeit von verschiedenstem Umfang, aber stets nur im Verhältnis zu der Arbeitsleistung. Zum Beispiel sind der Putzfrau, die jeweils einen Tag in der Woche im Dienste eines Arbeitgebers steht, Ferien in dem Sinne zu gewähren, dass sie ihre Arbeit im Umfange von einem Tag pro Woche während zwei Wochen im Jahr nicht durchzuführen hat."

fordernis, wächst der Ferienanspruch bei allen Arbeitsverhältnissen entsprechend der geleisteten Arbeit an. Der Anspruch vergrössert sich mit jedem Monat, mit jedem Tag, mit jeder Stunde geleisteter Arbeit. Sofern nicht die Kürzungsvorschriften zum Zuge kommen, wächst dem Arbeitnehmer unabhängig von der Arbeitsleistung mit jedem Tag des Arbeitsverhältnisses ein Teil des Anspruchs an. Voll erworben ist er mit abgelaufenem Dienstjahr, unter dem Vorbehalt der Kürzung wegen Arbeitsverhinderung.

2. Karenzfrist

2.1 Rechtfertigung und Umfang der Karenzfrist

Die Voraussetzung einer Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses hat sich hauptsächlich aus der Ansicht entwickelt, dass bei kurzer Dauer des Arbeitsverhältnisses kein Erholungsbedürfnis vorliege. Heute ist dieser Gedanke als Rechtfertigung für Karenzfristen in den Hintergrund getreten. Zur Begründung wird nun vielmehr geltend gemacht, Ferien stellten Belohnung für während längerer Zeit geleistete Arbeit dar. Kurzfristige Arbeitsverhältnisse ermöglichten dem Arbeitgeber nicht, Nutzen aus der Arbeitskraft des Arbeitnehmers zu ziehen, so dass ihm auch nicht zugemutet werden könne, neben all den anderen Aufwendungen noch Ferien zu gewähren. Der Arbeitnehmer müsse in einem bestimmten Mindestmasse Betriebstreue bewiesen haben, bevor dem Arbeitgeber die zusätzliche Belastung durch Ferienkosten aufgebürdet werden könne. Es wäre stossend, müsste der während der Probezeit wegen unzureichender Leistungen entlassene Arbeitnehmer noch mit Ferien belohnt werden*. [3]

Die kantonalen Feriengesetze enthielten Karenzfristen zwischen einem Jahr und zwei oder drei Monaten. Genf und Neuenburg verzichteten darauf. Das internationale Abkommen über den bezahlten Jahresurlaub sah eine solche von einem Jahr vor. Gemäss Seeschifffahrtsverordnung* besteht der Ferienanspruch nicht, wenn während [4] der ersten sechs Monate das Heuerverhältnis vom Seemann gekündigt oder vom Reeder wegen mangelnder Eignung des Seemannes oder wegen wichtigen Grundes aufgelöst wird. Demgegenüber verzichtete die arbeitsgesetzliche Fassung der obligationenrechtlichen Ferienbestimmungen auf eine Karenzfrist. Ebenso der Revisionsentwurf des Jahres 1967. Die dreimonatige Karenzfrist wurde erst in den parlamentarischen Beratungen über die Revision des Arbeitsvertragstitels eingeführt, nachdem im Vernehmlassungsverfahren ein Kanton die Frage aufgeworfen hatte, ob es sinnvoll sei, auch für

---

[3] vgl. RENGGLI S. 32 sowie TSCHUDI S. 90 ff

[4] Art. 38 Abs. 3 (SS. 747.301)

die in sehr grosser Zahl anzutreffenden kurzfristigen Arbeitsverhältnisse die Pflicht zur Gewährung von Ferien vorzusehen*. 5

Die gesetzliche Frist von drei Monaten ist massvoll. Durch sie werden wirklich nur sehr kurzdauernde Arbeitsverhältnisse von der Ferienberechtigung ausgeschlossen, so dass der Arbeitnehmer selbst in Branchen, wo üblicherweise nur vorübergehende Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen, gewöhnlich in den Genuss von Ferien kommen wird. Die zurückhaltende Befristung vermag den Arbeitgeber nicht zu verleiten, dem Arbeitnehmer kurz vor Erreichen der Anspruchsberechtigung zu kündigen, welche Gefahr bei längeren Karenzfristen namentlich in Zeiten mit Ueberangebot an Arbeitskräften vorhanden ist.

Die Frist ist relativ zwingend*. Sie kann vertraglich wohl verkürzt, 6
nicht aber verlängert werden. Einzig durch normal- oder gesamtarbeitsvertragliche Regelung im Sinne von Artikel 329 e OR wäre eine Verlängerung möglich. Praktisch sind solche Abänderungen zu Ungunsten des Arbeitnehmers kaum anzutreffen, oft jedoch die vollständige Wegbedingung. Insbesondere kennen Ordnungen, die auf Lohnprozenten beruhen, grundsätzlich keine Karenzfrist. Auch die gesetzliche Ferienvergütung von 4 Prozent für Heimarbeiter, die nicht ununterbrochen im Dienste des Arbeitgebers stehen, ist an keine Karenzfrist gebunden*. Da die meisten Branchen mit häufi- 7
gem Stellenwechsel und kurzfristigen Arbeitsverhältnissen auf Lohnprozente abstellen, dürfte wohl nur ausnahmsweise ein Arbeitnehmer wegen nicht verstrichener Karenzfrist um die Ferien kommen.

2.2 Wartefrist oder Sperrfrist

Die obligationenrechtliche Karenzfrist hat den Charakter einer Wartefrist und nicht den einer Sperrfrist. Nach Ablauf der drei Monate entsteht die Ferienforderung rückwirkend auch für die Anfangsmonate des Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitnehmer geht nicht etwa der auf die Karenzfrist entfallenden Ferien verlustig. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, wonach der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer jedes Dienstjahr, also auch für das ganze erste, die Ferien zu gewähren hat. Das Dienstjahr beginnt mit dem Eintritt des Arbeitnehmers in den Betrieb. Es umfasst auch eine allfällige Probezeit*. 8

Die Entstehung des Ferienanspruchs ist durch die Frist aufschiebend bedingt*. Sie ist abhängig davon, ob das Arbeitsverhältnis nach 9
Ablauf der Frist noch andauert. Während der Karenzfrist besteht

---

5 vgl. Botschaft 1967 S. 111; 6 Art. 329 a und 362 OR
7 Art. 353 c Abs. 2 OR
8 vgl. CANNER-SCHOOP N. 4 zu Art. 64 ArbG
9 vgl. OSER-SCHOENENBERGER N. 9 vor Art. 151 OR, SMOLENSKY S. 29, WEBER S. 53 f, GOLDSCHMIDT S. 60, RENGGLI S. 33

nur eine klaglose Anwartschaft auf Ferien, noch kein Teilanspruch. Kündigt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf einen Zeitpunkt, der innerhalb der ersten drei Monate des Arbeitsverhältnisses liegt, so ist noch kein Ferienanspruch entstanden. Die Bedingung könnte allenfalls als eingetreten erachtet werden, wenn der Arbeitgeber nur kündigte, damit kein Ferienanspruch erwachse (Artikel 156 OR). Solche Fälle dürften kaum vorkommen. Der Beweis wäre im übrigen schwerlich zu erbringen und ein Rechtsstreit nicht lohnend*. 10

Die Festlegung einer Sperrfrist, während der nicht einmal eine Anwartschaft auf Ferien besteht, wäre höchstens in Normal- oder Gesamtarbeitsverträgen bei Gleichwertigkeit im ganzen möglich (Artikel 329 e OR). Sie könnte sogar mehr als drei Monate betragen. Falls in Normal- oder Gesamtarbeitsverträgen zweifelhaft ist, ob eine Warte- oder eine Sperrfrist vorliegt*, ist in Anlehnung an die 11
gesetzliche Ordnung ersteres anzunehmen. Dies auch in Uebereinstimmung mit Praxis und Doktrin betreffend die Regelungen zur Zeit kantonalen Rechts*. Die meisten Gesamtarbeitsverträge verzichten 12
heute auf eine Karenzfrist.

Keine gesetzliche Karenzfrist besteht bei Arbeitsverhältnissen mit einer festen Vertragsdauer von über drei Monaten. In diesen Fällen fängt der Ferienanspruch mit dem Beginn des Arbeitsverhältnisses zu wachsen an. Die Karenzfrist gilt im übrigen nur für die Entstehung des Ferienanspruchs im ersten Dienstjahr. Für das zweite Dienstjahr beginnt der Anspruch mit dem Jahrestag anzuwachsen, denn der Arbeitnehmer hat Betriebstreue und Tauglichkeit in genügendem Masse bewiesen. Eine neue Karenzfrist ist aus den gleichen Gründen überflüssig, wenn das bisherige Arbeitsverhältnis aufgrund eines neuen Arbeitsvertrages fortgesetzt wird (Beförderung oder Anstellung nach Lehrabschluss), oder wenn ein Wechsel des Arbeitgebers stattfindet (Artikel 333 und 338 a OR)*. 13

Eine andere Art Karenzfrist kennt das auf der Fürsorgetheorie basierende deutsche Bundesurlaubsgesetz. Nach sechsmonatiger Dauer des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer seinen vollen Jahresanspruch erworben. Zuvor erhält er für jeden vollen Monat einen Teilanspruch im Umfang eines Zwölftels des Jahresurlaubs. Damit bei Stellenwechsel nach Bezug des vollen Jahresanspruches der Arbeitnehmer gegenüber seinem neuen Arbeitgeber nicht nochmals Ferien beanspruchen kann, muss ihm bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Bescheinigung über den im laufenden Kalenderjahr gewährten und abgegoltenen Urlaub ausgestellt werden*. 14

---

10 vgl. WEBER S. 54, SMOLENSKY S. 70, GOLDSCHMIDT S. 60, TSCHUDI S. 160

11 vgl. Art. 18 GAV Holzindustrie: "nach Ablauf des 1. Dienstjahres 3 Wochen"

12 vgl. TSCHUDI S. 162 mit Verweis auf Jahresberichte der Gewerbegerichte der Stadt Bern 1929, 27 und 1945; derselbe, Probleme des Ferienrechts (GewRS 1949, Gesetz und Recht S. 18):

2.3 Unterbrechung der Karenzfrist

Kürzere Unterbrechungen der Arbeit während der Karenzfrist hindern deren Weiterlauf nicht. Das Obligationenrecht stellt ja nicht auf die Dauer der Arbeitsleistung, sondern auf diejenige des Arbeitsverhältnisses ab. Unterbrechungen der Arbeit infolge Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten und anderer Verhinderungsgründe berühren den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht. Die Frist reisst nur ab und beginnt anschliessend neu zu laufen, wenn das Arbeitsverhältnis aufgelöst wird. Nach herrschender schweizerischer Lehreunterbricht auch ein Arbeitskampf die Frist nicht*. 15

Praktisch zum Wegfall der Karenzfrist führen vertragliche Bestimmungen, wonach die Dauer bisheriger Tätigkeit im gleichen Beruf oder in der gleichen Branche an die Karenzfrist angerechnet werden*. Solche Regelungen können sich aus der Anrechnung früherer Tätigkeit als geleistete Dienstjahre ergeben. 16

3. Stichtag

Statt den Ferienanspruch über das ganze Jahr hinweg mit jedem Tag anteilsmässig anwachsen zu lassen, kann eine Ordnung bei Erreichen eines bestimmten Tages, des sogenannten Stichtages, den vollen Anspruch auf einmal entstehen lassen. Aufschiebende Bedingung für das Entstehen des Ferienanspruchs ist dann nicht das Zurücklegen einer Frist, sondern das Erreichen eines bestimmten Termins. So wird etwa vereinbart, dass der Arbeitnehmer den vollen Jahresanspruch erwirbt, wenn er am 1. Mai oder am 1. Juli des betreffenden Kalenderjahres in ungekündigtem Arbeitsverhältnis steht.

Solche Abmachungen sind in Einzelarbeitsverträgen zulässig, sofern dem gesetzlichen pro-rata-Anspruch im Ein- und Austrittsjahr Rechnung getragen wird. Normal- oder gesamtarbeitsvertragliche Ordnungen könnten im Sinne von Artikel 329 e OR auf die Garantie des Teilanspruchs verzichten. Beispiele solcher Regelungen sind jedoch nicht bekannt.

Möglich ist auch die Kombination von Karenzfrist und Stichtag, etwa in dem Sinne, dass Arbeitnehmer, die seit Jahresbeginn bis zu einem bestimmten Stichtag im Arbeitsverhältnis gestanden sind, den vollen Anspruch für dieses Jahr erwerben.

"Im Streitfall wird bei Vereinbarungen, welche bestimmen, dass nach einem Jahr ein Urlaub gewährt werden muss, dieser schon für das erste Dienstjahr zugesprochen."; SMOLENSKY S. 31, WEBER S. 51

13 vgl. BAERLOCHER S. 69 f; 14 § 4 ff Bundesurlaubsgesetz

15 vgl. zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses A II 2.3 hievor (Dienstjahreszählung); GOLDSCHMIDT S. 60, TSCHUDI S. 161, BAERLOCHER S. 68 sowie Klaus HUG, Rechtliche Probleme der Teilzeitarbeit, Ferienregelung und Lohnzahlung bei Krankheit (SJZ 1974 S. 186 ff)

16 vgl. GOLDSCHMIDT S. 59

Verhindert der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer wider Treu und Glauben das Erreichen des Stichtages, so gilt wie bei Verhinderung des Ablaufs der Karenzfrist - unter denselben Vorbehalten und Schwierigkeiten - gemäss Artikel 156 OR der Bedingungseintritt als erfüllt*. [17]

---

17 vgl. TSCHUDI S. 160 f, GOLDSCHMIDT S. 60, WEBER S. 58 ff

II. Fälligkeit

1. Erwerb und Fälligkeit

Mit dem vollständigen Erwerb des Ferienanspruchs wird dieser nicht auch sogleich fällig. Der Arbeitnehmer kann nicht unmittelbar nach dem Erwerb der Ferienforderung Erfüllung verlangen, da das Gesetz für diese dem Arbeitgeber einen recht ausgedehnten Zeitraum zur Verfügung stellt. Während der Anspruch bis zum Ende des Dienstjahres voll erworben ist, kann die Erfüllung bis zum Ende des folgenden Dienstjahres aufgeschoben werden*. Zur Herbeiführung der Fälligkeit ist daher neben dem Erwerb zeitliche Festsetzung der Ferien notwendig*. Sonst wird eine erworbene Ferienforderung nur bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig* oder wenn die fristgerechte zeitliche Festsetzung versäumt wurde. 18 19 20

Nach allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen muss der Arbeitnehmer Erfüllung des Ferienanspruchs vor dessen völligen Erwerb nicht annehmen. Ein vorzeitiger Ferienbezug stellt deren Erholungszweck in Frage. Der Arbeitnehmer ermüdet durch die Arbeitsleistung. Er muss sich nach erbrachter Arbeit erholen können. Ein Vorbezug steht daher mit Inhalt und Natur der Ferienforderung im Widerspruch*. Zulässig ist aber Vereinbarung des Vorbezugs. Weigert sich der Arbeitnehmer, die Ferien vor deren Erwerb zu beziehen, so gerät der Arbeitgeber in Annahmeverzug, wenn er den Arbeitnehmer nicht beschäftigt. Das Problem stellt sich vor allem bei Betriebsferien für Arbeitnehmer, die kurz zuvor in den Betrieb eingetreten sind. Der Arbeitgeber kann das Einverständnis des Arbeitnehmers zum Vorbezug jedoch dadurch erwirken, dass er die Ferien so frühzeitig ansetzt, dass er bei einer Weigerung zuvor noch kündigen könnte*. 21 22

2. Lage der Ferien

2.1 Grundsatz der Unteilbarkeit

2.1.1 Entstehung und Zweck des Grundsatzes

Die Ferien für ein Dienstjahr sind nach Obligationenrecht in der Regel zusammenhängend zu gewähren*. Das Verbot der Aufteilung des Anspruchs in mehrere Stücke war vor allem in den Anfängen 23

---

18 Art. 329 c Abs. 1 OR, vgl. Art. 75 OR; 19 vgl. SMOLENSKY S. 33, WEBER S. 65, CANNER-SCHOOP N. 1 zu Art. 64 ArbG, NIKISCH S. 451, HUECK-NIPPERDEY S. 407

20 Art. 339 Abs. 1 OR

des Ferienrechts von Bedeutung, als lediglich wenige Einzeltage im Jahr gewährt wurden. Hätte der Gesamtanspruch von vielleicht einer Woche oder 10 Tagen nicht auf einmal bezogen werden können, wäre der Erholungszweck verunmöglicht worden. Die Erholungswirkung ist nachhaltiger, wenn über eine längere Zeit ausgespannt werden kann, als wenn zwischendurch wieder gearbeitet und die restliche Freizeit nach neuer Anstrengung und Aufregung bezogen wird. Bei zusammenhängenden Ferien gilt es nur einmal, sich auf die Ferien vorzubereiten und sich auf Erholung umzugewöhnen, während die notwendige Umstellungszeit beim Bezug in mehreren Teilen immer neu aufgewendet werden muss. Die neuere Präventivmedizin hat erkannt, dass sich eine Rhythmusänderung mit nachhaltiger Entspannungswirkung erst in Ferien von mehrwöchiger Dauer einstellt, wobei die Akklimatisationszeit mit zunehmendem Alter länger wird*. 24

2.1.2 Ausgestaltung und Relativierung des Grundsatzes

Die kantonalen Feriengesetze liessen die Aufteilung unter gewissen Voraussetzungen zu. Solothurn forderte gegenseitiges Einverständnis, Basel-Stadt liess Halbierung des Jahresanspruchs zu, wobei die zweite Hälfte bei besonderen Gründen im gegenseitigen Einverständnis tageweise bezogen werden konnte, und in Glarus hatte der Arbeitnehmer bei sehr kurzen Ferien die Wahl zwischen zusammenhängendem oder tageweisem Bezug*. Das Bundesurlaubsgesetz 25
Deutschlands schreibt zusammenhängende Gewährung vor, es sei denn, dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe erforderten eine Teilung*. Mit der Ausweitung 26
des Ferienanspruchs in den letzten Jahren wurde die früher recht strenge Handhabung der Unteilbarkeit der Ferien relativiert. Je länger die Ferien dauerten, desto häufiger wurden Teilbezüge zugelassen. Es wurde dem Gedanken Rechnung getragen, dass bei längeren Ferien zweimaliges Aussetzen pro Jahr - beispielsweise zweimal 14 Tage bei einem vierwöchigen Jahresanspruch - wenn auch nicht unbedingt der gesundheitlichen Erholung, so doch der geistigen Abwechslung und verschiedenartigen Interessen des Arbeitnehmers unter Umständen besser zu dienen vermag.

In diesem Sinne darf bei längeren Ferien eher von der Regel der zusammenhängenden Gewährung abgewichen werden als bei solchen geringeren Umfangs. Grosszügig muss die Möglichkeit der Aufteilung vertraglicher Ansprüche gehandhabt werden, insoweit sie den

---

21 Art. 81 OR, vgl. OSER-SCHOENENBERGER N. 5 zu Art. 75 OR, BAERLOCHER S. 111

22 vgl. CANNER-SCHOOP N. 9 zu Art. 64 ArbG, SCHENK S. 71, BlZR 1969 Nr. 85

23 Art. 329 c Abs. 1 OR; 24 vgl. STREIFF S. 87, TSCHUDI S. 116 f sowie 1. Kapitel III 2.3.3 hievor

25 TSCHUDI S. 116 f

26 § 7 Abs. 2 Bundesurlaubsgesetz

gesetzlichen Mindestanspruch übersteigen. Die Vereinbarung, wonach eine vertraglich zugestandene Mehrwoche losgelöst vom gesetzlichen Anspruch - allenfalls sogar tageweise - bezogen oder zugewiesen werden kann, verstösst nicht gegen den Sinn des Gesetzes, da der Mehranspruch in jedem Falle dem Arbeitnehmer gegenüber der gesetzlichen Ordnung einen Vorteil bringt.

2.1.3 Abänderung zugunsten des Arbeitnehmers

Das obligationenrechtliche Gebot der regelmässigen zusammenhängenden Gewährung ist relativ zwingend. Wann jedoch eine vereinbarte Aufteilung zum Nachteil des Arbeitnehmers von der Vorschrift abweicht, lässt sich nicht schlüssig sagen*. Bedeutet die 27
Aufteilung eines Mindestanspruchs von zwei Wochen in zwei Einzelwochen für den Arbeitnehmer, der eine Woche im Sommer und die andere im Winter verbringen möchte, einen Nachteil oder einen Vorteil?

Sofern der Arbeitnehmer selbst die Aufteilung verlangt, darf wohl kaum angenommen werden, sie erfolge zu seinen Ungunsten. Der Arbeitnehmer ist in der Gestaltung seiner Ferien frei. Ob er sie für einen Erholungsaufenthalt verwenden oder irgendwo unentgeltlich arbeiten will, bleibt ihm überlassen. Man vertraut auf seine Eigenverantwortlichkeit. Wünscht er den Bezug der Ferien in verschiedenen Teilen und hat der Arbeitgeber gegen entsprechende Gewährung nichts einzuwenden, so muss eine solche Aufteilung wegen des Grundsatzes der Gestaltungsfreiheit als zulässig erachtet werden*. 28

2.1.4 Unteilbarkeit als Regel

Ohne sein ausdrückliches Einverständnis dürfen dem Arbeitnehmer die Ferien "in der Regel" nicht in Teilen zugewiesen werden*. In 29
den Beratungen des Nationalrats wurden Ausnahmen vom Zusammenhang der Ferien nur bei triftigen Gründen auf seiten des Betriebs

---

27 Nach SCHWEINGRUBER (S. 176) wäre zur Verhinderung der Aufteilung die Einordnung unter die absolut zwingenden Vorschriften notwendig gewesen.

28 vgl. CANNER-SCHOOP N. 7 zu Art. 64 ArbG, STREIFF S. 87 - er verweist auf das Prinzip möglichster Respektierung der Wünsche des Vertragspartners -, SCHENK S. 72, SCHWEINGRUBER S. 176 f, wonach auch bei den Ferien für das Personal im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis die Praxis der Aufspaltung unter Berücksichtigung mehr oder weniger begründeter Sonderwünsche des Personals bestehe. Nach C 1 352 sind wenigstens zwei Ferienwochen zusammenhängend zu beziehen. Der Bezug in mehr als zwei Abschnitten ist in der Regel unzulässig. Wenn es der Dienst jedoch gestattet, kann auf Wunsch des Beamten eine Ferienwoche in ganze oder halbe Tage aufgeteilt werden.

oder des Arbeitnehmers als zulässig erklärt. Die Ferien seien im Einzelfall wenn immer möglich zusammenhängend zu gewähren. Aber es könne auch im Einzelfall bei betrieblichen Notwendigkeiten einmal eine Ausnahme geben*. 30

Die Einschränkung "in der Regel" erlaubt recht bald ein Abweichen. Es darf nicht* ein wichtiger Grund verlangt werden, der den zusammenhängenden Ferienbezug unzumutbar erscheinen liesse. Sonst hätte der Gesetzgeber den Vorbehalt "aus wichtigen Gründen" in den Gesetzestext aufnehmen müssen. 31

2.1.5 Jugendliche Arbeitnehmer

Bei jugendlichen Arbeitnehmern sieht das Gesetz ausdrücklich vor, dass wenigstens zwei Wochen Ferien zusammenhängend gewährt werden müssen*. Sinngemäss dürfte die Norm auch für Lehrlinge gelten. 32

Wünscht der jugendliche Arbeitnehmer Aufteilung in Einzelwochen und willigt der Arbeitgeber ein, so kann dagegen mangels Abweichung zu Ungunsten des Arbeitnehmers nichts unternommen werden. Die tatsächliche Umgehung des Zwecks der Sondervorschrift lässt sich nicht vermeiden*. 33

2.2 Periodische Gewährung

2.2.1 Jahresanspruch und Periodizität

Ferien sind ein Jahresanspruch. Der Arbeitnehmer soll jährlich Ferien machen können. Der Gesetzgeber muss deshalb verhindern, dass die Ansprüche ungebührlich lange zusammengespart werden. Er muss sicherstellen, dass der Arbeitnehmer periodisch zu seiner Erholung kommt, damit er sich nicht durch zu lange Arbeit übermässig der Kräfte beraubt.

Die Feriengesetze der Kantone Solothurn, Genf und Glarus schrieben grundsätzlich vor, dass die Ferien vor Ablauf des Dienstjahres zu gewähren seien, wobei Genf vertragliche Verschiebung um drei Monate zuliess. Basel-Stadt verlangte Gewährung spätestens im

---

29 vgl. CANNER-SCHOOP N. 7 zu Art. 64 ArbG, wonach Zuweisung an Einzeltagen wegen Verunmöglichung des Ferienzwecks ausgeschlossen sei.

30 Amtl. Bull. NR 1969 S. 789 und 799; 31 wie dies BAERLOCHER (S. 106 f) tut

32 Art. 329 c Abs. 1 OR; 33 vgl. SCHWEINGRUBER S. 176, der auf die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters verweist.

18. Monat seit Beginn des Anspruchsjahres, für Jugendliche unter 18 Jahren spätestens im 3. Monat nach dessen Ablauf*. 34
Nach deutschem Urlaubsgesetz muss der Anspruch im laufenden Kalenderjahr erfüllt werden. Eine Uebertragung wird nur zugelassen, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe sie rechtfertigen, und nur unter der Voraussetzung, dass der übertragene Anspruch in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres bezogen wird*. 35

Nach relativ zwingender Vorschrift des Obligationenrechts* sind 36
die Ferien im Verlaufe des Dienstjahres, für welches sie erworben und gewährt werden, spätestens aber im folgenden Dienstjahr einzuräumen. Die Abmachung, wonach Ferien auch noch im übernächsten Dienstjahr gewährt werden können, wäre nichtig*. Nor- 37
malfall soll jährliche Gewährung innerhalb des Erwerbsjahres sein. Kann aber aus irgendwelchen Gründen in diesem Jahr kein Termin gefunden werden, so ist Verlegung ins nächste beliebig erlaubt. Der Arbeitgeber hat also zur Ansetzung der Ferien einen Zeitraum von nicht nur einem Dienstjahr zur Verfügung, sondern einen solchen von deren zwei. Diese bewegliche Ordnung hat wohl den Vorteil, dass berechtigten Wünschen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers bei der Ferienzuteilung vermehrt Rechnung getragen werden kann. Der Arbeitnehmer kann beispielsweise die Ansprüche zweier Jahre zusammenlegen, um einen Angehörigen oder Bekannten in Uebersee besuchen zu gehen, während der Arbeitgeber über längere Zeit die Möglichkeit hat, bei starkem vorübergehendem Arbeitsanfall den Arbeitnehmer nicht zu beurlauben. Dagegen birgt die Regelung die Gefahr in sich, dass der Arbeitnehmer nicht regelmässig zu seinen Ferien kommt. Ein jährlicher Urlaub kann die Ermüdung des Arbeitnehmers besser auffangen und bietet deshalb mehr Erholung als ein doppelt so langer, der nur alle zwei Jahre gewährt wird. Im übrigen könnten die Ferien für ein Dienstjahr zu Beginn desselben und diejenigen für das nächste am Ende des übernächsten angesetzt werden, so dass der Arbeitnehmer während fast drei Jahren ohne Ferien arbeiten müsste. Auch wenn damit dem Grundsatz der Periodizität und dem Erholungsgedanken nicht mehr Rechnung getragen wäre, könnten gegen eine solche Ansetzung vom Gesetz her keine Einwendungen erhoben werden. In der Praxis werden die Parteien wohl solche Extremlösungen vermeiden. Der Arbeitnehmer ist an einer gewissen Regelmässigkeit ebenso interessiert wie der Arbeitgeber, jener wegen Abwechslung und häufigerer Erholung, dieser wegen besserer Ueberbrückungsmöglichkeiten für kurzfristige Abwesenheiten und wegen gesteigerter Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers, der sich häufiger erholt hat.

---

34 TSCHUDI S. 114 f
35 § 7 Abs. 3 Bundesurlaubsgesetz
36 Art. 329 c Abs. 1 OR, vgl. Art. 362 OR
37 vgl. STREIFF S. 89

2.2.2 Ferienperioden

Die Periodizität kann besser gewährleistet werden durch Vereinbarung von Ferienjahren oder Ferienperioden, also Zeiträumen innerhalb derer die Ferien gewährt werden müssen. Das Feriengesetz des Kantons Genf schrieb beispielsweise vertragliche Festlegung einer Ferienperiode vor*. 38

Früher wurde die Festlegung solcher Perioden verschiedentlich mit der Sanktion verknüpft, dass nicht innerhalb derselben bezogene Ferien verwirkt seien*. Heute sind derartige Abreden unzulässig, denn 39
dadurch würde der gesetzliche Anspruch zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgeändert. Ueberdies wäre in solchen Klauseln ein Verzicht des Arbeitnehmers auf einen unabdingbaren gesetzlichen oder gesamtarbeitsvertraglichen Anspruch zu erblicken*. Soweit es sich jedoch 40
bloss um einen abdingbaren Mehranspruch handelt, könnte die Verwirkung als Folge des Nichtbezugs vorgesehen werden.

Vertragliche Ferienperioden berühren somit den Bestand des Ferienanspruchs nicht. Sie verkürzen lediglich die gesetzlich vorgesehene Zeitspanne, die dem Arbeitgeber zur Erfüllung des Anspruchs offensteht*. Sie sind rechtlich nicht Suspensivbedingungen für die Entste- 41
hung des Ferienanspruchs, wie dies früher etwa angenommen wurde. Der nach Ablauf der Wartefrist entstandene Anspruch fällt nicht dahin, wenn der Arbeitnehmer vor der Ferienperiode aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Sie haben lediglich die Wirkung von Fälligkeitsabreden, indem der Anspruch frühestens mit dem ersten Tag der Periode und spätestens mit demjenigen fällig wird, der sich durch Subtraktion der dem Arbeitnehmer zustehenden Ferientage vom Ende der Periode ergibt*. 42

2.2.3 Erwerbsjahr und Bezugsjahr

Besonders bei Arbeitsverhältnissen, die bereits einige Jahre gedauert haben, kann mitunter die Frage auftauchen, für welches Dienstjahr bestimmte Ferien gewährt werden. Normalerweise gibt die Betriebsübung Aufschluss. Je nachdem, ob in einem Betrieb Gewährung im Erwerbsjahr oder im folgenden Dienstjahr oder im Kalenderjahr üblich ist, dürfte die tatsächliche Vermutung gelten, dass die Ferien für die der Uebung entsprechende Periode eingeräumt worden sind.

Besteht keine regelmässige Uebung, so darf nach dem Wortlaut des Gesetzes, wonach die Ferien in der Regel im betreffenden Dienstjahr zu gewähren sind, vermutet werden, dass die Ferien für das

---

38 TSCHUDI S. 113 f; 39 vgl. z. B. WEBER S. 63
40 vgl. Art. 329 a ff und 362 sowie Art. 341 Abs. 1 OR
41 vgl. CANNER-SCHOOP N. 8 zu Art. 64 ArbG, wonach das Gesetz mit der Pflicht der Einräumung spätestens im folgenden Dienstjahr lediglich die äusserste Frist für die Zuteilung festlegt und nicht eine Verwirkungs- oder Verjährungsfrist

laufende Dienstjahr zugeteilt sind. Demgegenüber nahm die frühere Lehre im Zweifel an, die Ferien seien für das vergangene Jahr bestimmt, da sie Entgelt für geleistete Dienste darstellten*. Bei 43
nachträglicher Gewährung wird der Arbeitnehmer gut tun, sich durch klare Kontrolle der erhaltenen Ferien einen gewissen Beweis für noch offene Ansprüche zu verschaffen, auch wenn der Arbeitgeber für behauptete Ferienleistungen beweispflichtig sein dürfte.

2.3 Jahreszeit

Das Obligationenrecht sieht keine Bestimmungen vor, wonach die Ferien in eine besondere Jahreszeit verlegt werden müssten. Dagegen ist vertragliche Vereinbarung möglich. Der Arbeitnehmer hat ein Interesse daran, seine Ferien in einer günstigen Jahreszeit beziehen zu können, damit er sie zu Ausflügen aller Art, sportlicher Betätigung, Badeaufenthalten am Meer oder Wanderungen in den Bergen verwenden kann.

Die vielfältigsten Möglichkeiten bieten wetter- und klimamässig die Sommermonate. Weniger geeignet - vorbehalten begeisterte Wintersportler - sind die Monate der kälteren und kalten Jahreszeit. So ergab denn eine im Jahre 1960 bei 902 Arbeitnehmern der Metall- und Uhrenbranche durchgeführte Erhebung* über den bevorzugten Ferien-44
zeitpunkt bei einem Antwortumfang von 140 % (bedingt durch Mehrfachantworten) folgendes Bild: für die Monate Januar bis Mai je 1 %, Juni 5 %, Juli 52 %, August 55 %, September 8 % und für die restlichen drei Monate insgesamt 4 %. 11 % enthielten sich einer Antwort.

Entsprechend dieser Vorliebe für die Sommerzeit wird etwa vereinbart, dass die Ferien in den Sommermonaten, in der schönen Jahreszeit oder zwischen April und Oktober eingeräumt werden müssen. Ferner wird gelegentlich abgemacht, dass unter den Arbeitnehmern hinsichtlich Jahreszeit angemessen abzuwechseln oder dass dem einzelnen Arbeitnehmer höchstens jedes dritte Jahr die Ferien in die ungünstige Jahreszeit angesetzt werden dürfen*. Umgekehrt wird 45
etwa festgehalten, dass bei Ferienansprüchen von über drei Wochen mindestens eine Woche im Winterhalbjahr (Oktober bis März) bezogen werden müsse*. Ohne direkte Vorschrift kann der Arbeitneh- 46
mer auch dadurch zum Ferienbezug ausserhalb der Sommersaison verhalten werden, dass ihm der Arbeitgeber zusätzliches Feriengeld oder zusätzliche Ferientage für jeden Bezug während einer andern Jahreszeit gewährt*. 47

42
43 WEBER S. 63, SMOLENSKY S. 31 f, TSCHUDI S. 163 ff
vgl. SMOLENSKY S. 28, WEBER S. 51 ff, Gewerbegericht Zürich,
44 Urteil vom 13. Juli 1950 (BlZR 1951 Nr. 195)
45 Untersuchung von E. HUG, Bern 1960, zitiert durch WILLI S. 26
TSCHUDI S. 163 f. Nach der Verordnung zum Arbeitszeitgesetz soll jeder Arbeitnehmer seine Ferien abwechslungsweise in den verschiedenen Jahreszeiten beziehen können (Art. 22 Abs. 1 ArbZV).

Auch ohne ausdrückliche Vereinbarung einer Ferienperiode hat der Arbeitnehmer Anspruch darauf, dass ihm die Ferien in der für ihn günstigen Zeit zugewiesen werden. Dies jedoch unter der Bedingung, dass nicht Betriebsinteressen der gewünschten Zuteilung entgegenstehen*. 48

3. Festsetzung der Ferien

3.1 Festsetzung durch den Arbeitgeber

Nach dispositiver Norm des Obligationenrechts bestimmt der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien, wobei er auf die Wünsche des Arbeitnehmers soweit Rücksicht zu nehmen hat, als dies mit den Interessen des Betriebes oder Haushaltes vereinbar ist*. 49

Dass der Gesetzgeber dem Arbeitgeber das Ansetzungsrecht überlassen hat, erklärt sich dadurch, dass dieser die Uebersicht über die Erfordernisse des Betriebes hat. Bei ihm kommen die Ferienwünsche der Arbeitnehmer zusammen. Er hat sie derart aufeinander abzustimmen und mit der herrschenden Arbeitslast in Einklang zu bringen, dass der Fortgang des Betriebes gewährleistet bleibt. Der möglichst ungestörte Weiterablauf des Betriebes liegt letzten Endes auch im Interesse der einzelnen Arbeitnehmer. Könnten die Arbeitnehmer zu einem beliebigen Zeitpunkt Ferien beanspruchen, so bestünde namentlich in den Sommermonaten die Gefahr eines mehr oder weniger umfassenden Zusammenbruchs des Betriebes. Der Arbeitgeber muss deshalb das Recht haben, innerhalb gewisser Schranken die Fälligkeit der Ferien selbständig herbeizuführen. Schon die Praxis zu den kantonalen Feriengesetzen räumte dem Willen des Arbeitgebers den Vorrang ein, da er den Betrieb überblicke, organisiere und das Risiko trage und andere Lösungen unhaltbare Konsequenzen nach sich zögen*. 50

Das Zuweisungsrecht des Arbeitgebers ist beschränkt durch die gesetzliche Pflicht, dass die Ferien im laufenden oder im folgenden Dienstjahr gewährt werden müssen, sowie durch allfällige einzel-, normal- oder gesamtarbeitsvertragliche Ferienperioden, wonach die Ferien innerhalb eines bestimmten verkürzten Zeitraumes liegen müssen. Eine weitere Schranke für das Zuweisungsrecht des Arbeitgebers bildet der Grundsatz, dass der Arbeitnehmer den Bezug nicht vollständig erworbener Ferien ablehnen kann*. Der Arbeitge- 51
ber kann das Zuweisungsrecht im übrigen nicht willkürlich ausüben.

---

46 Die Personalvorschriften C 21 der PTT-Betriebe sehen einen Wechsel in der Reihenfolge 1. 3. 4. 2. Quartal vor (C 21 Ziff. 81).

47 SCHENK S. 161, vgl. Art. 8.2 Rahmenvertrag Maler- und Gipsergewerbe, wonach die vierte Ferienwoche zwischen Weihnachten und Neujahr zu beziehen ist.

48 Art. 329 c Abs. 2 OR, vgl. 3.2 hienach

49 WILLI S. 94;
Art. 329 c Abs. 2 OR. Die Problematik ist ähnlich wie bei der Bestimmung der Freizeit nach Art. 329 Abs. 4 OR, vgl. 4. Kapitel C V 2. hievor.

Er hat eine Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers und des Betriebes oder Haushaltes vorzunehmen und muss die Ferien möglichst frühzeitig zuteilen.

3.2 Abwägung der Interessen

3.2.1 Interessen des Arbeitnehmers

Der Arbeitgeber hat die Wünsche des Arbeitnehmers bezüglich Ferienzeitpunkt möglichst zu berücksichtigen. Unter diesen Wünschen steht die Zuteilung in eine günstige Jahreszeit im Vordergrund*. [52] Für den Arbeitnehmer, der eine Familie hat, muss nach Möglichkeit eine Zeit während der Schulferien gewählt werden, da er die Ferien sonst nicht mit seiner Familie verbringen kann*. Bei Ehe- [53] paaren, wo beide Teile in einem Arbeitsverhältnis stehen, müssen die Ferien tunlichst aufeinander abgestimmt werden, damit ein gemeinsamer Bezug erfolgen kann*. Noch dringender ist das Interesse [54] des Arbeitnehmers an einem bestimmten Zeitpunkt, wenn er in einem doppelten oder mehrfachen Arbeitsverhältnis steht. Arbeitet er beispielsweise morgens bei einem Arbeitgeber und nachmittags bei einem andern, so nützen ihm seine gegen beide Arbeitgeber bestehenden Ferienansprüche nichts, wenn sie nicht gleichzeitig eingeräumt werden. Soweit diese Interessen des Arbeitnehmers selbstverständlich oder aus bestimmten Umständen dem Arbeitgeber erkennbar sind, hat er sie auch ohne ausdrückliches Begehren des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.

Nicht nur Wünsche allgemeiner, sondern auch solche höchstpersönlicher Natur sind zu beachten. Ferien dienen neben der gesundheitlichen Erholung ja auch der persönlichen Entfaltung des Arbeitnehmers. Gewissen persönlichen Neigungen und Interessen kann dieser jedoch nur zu bestimmten Jahreszeiten oder an festen Terminen nachleben. Ein leidenschaftlicher Skifahrer sollte im Winter und ein überzeugter Jäger im Herbst Ferien erhalten. Eine lang ersehnte Reise, die nur zu einem bestimmten Termin durchgeführt wird, sollte nach Möglichkeit nicht daran scheitern, dass der Arbeitnehmer auf diesen Zeitpunkt keine Ferien erhält. Möchte der Arbeitnehmer an einer Veranstaltung teilnehmen, die mit seinem intensiv gepflegten Hobby oder einem anderen bedeutenden Persönlichkeitsbereich in engem Zusammenhang steht, so muss entsprechenden Ferienwünschen gebührende Beachtung geschenkt werden. Neben die besondere Pflicht,

---

[50] [52] vgl. TSCHUDI S. 163 ff; [51] vgl. 1. hievor

[53] vgl. 2.3 hievor

[54] Nach den Personalvorschriften C 21 der PTT-Betriebe (Ziffer 82) haben Arbeitnehmer mit schulpflichtigen Kindern bei der Zuteilung der Ferien während der Schulferien den Vorzug.
Eheleuten, die im gleichen Unternehmen arbeiten, sind nach Art. 22 Abs. 4 ArbZV wenn möglich gleichzeitig Ferien zu gewähren.

die Wünsche des Arbeitnehmers bei der Ferienzuteilung zu berücksichtigen, tritt hier die allgemeine Pflicht des Arbeitgebers, im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen*. Der Arbeitgeber hat auch Alter, Dienstjahre, 55
Familienverhältnisse und ähnliche Persönlichkeitsmerkmale in Rechnung zu stellen*. In diesem Zusammenhang ist die Vorschrift 56
der Seeschiffahrtsverordnung* erwähnenswert, wonach die Ferien 57
in einem Hafen des Landes zu gewähren sind, in welchem der Seemann angemustert worden oder beheimatet ist, in dem er seinen Wohnsitz hat oder der seinem Heimat- oder Wohnsitzlande am nächsten liegt, wobei der für den Seemann günstigste Hafen gewählt werden muss, es sei denn, er erkläre sich mit einer anderen Regelung ausdrücklich einverstanden.

Indiz für die Dringlichkeit eines Ferienwunsches bildet gewöhnlich die Tatsache der frühen Eingabe, da der Arbeitnehmer bei wichtigen Vorhaben frühzeitig Klarheit haben will und die Wünsche entsprechend frühzeitig anbringt.

Die Gründe des Arbeitnehmers mögen noch so gewichtig sein, solange sie nicht einen Verhinderungstatbestand ausmachen, verleihen sie keinen absoluten Freistellungsanspruch zum Ferienbezug. Wenn sie mit den Interessen des Betriebes oder Haushaltes nicht vereinbart werden können, müssen sie hinter diese zurücktreten. Zu prüfen bliebe allenfalls der Anspruch auf übliche Freizeit gemäss Artikel 329 Abs. 3 OR*. 58

3.2.2 Interessen des Arbeitgebers

Unter Betriebsinteressen ist das Interesse an der Aufrechterhaltung der Produktion und an möglichst störungsfreiem Ablauf der Arbeitsvorgänge zu verstehen. Reine Privatinteressen des Arbeitgebers fallen nicht darunter*. 59

Es darf nicht jede Beeinträchtigung des Betriebsablaufs genügen. Jeder Ferienbezug des Arbeitnehmers bedeutet für den Arbeitgeber Ausfall einer Arbeitskraft und somit eine gewisse Beeinträchtigung des Betriebs. Solange diese nicht über das üblicherweise beim Ferienbezug zu verzeichnende Mass hinausgeht, vermag sie nicht die Ablehnung von Sonderwünschen des Arbeitnehmers zu rechtfertigen. Die Beeinträchtigung muss vielmehr eine ausserordentliche sein.

---

55 vgl. Art. 328 Abs. 1 OR nebst Art. 28 ZGB
56 vgl. SCHENK S. 161, STREIFF S. 88
57 Art. 39 Abs. 2 (SS. 747.301); 58 vgl. 4. Kapitel A IV hievor
59 CANNER-SCHOOP N. 11 zu Art. 64 ArbG

Dem Betrieb müssten Schwierigkeiten entstehen, die bei einer Ferienzuteilung auf einen andern Zeitpunkt nicht oder in merklich geringerem Umfang aufträten. Vertragliche Regelungen sehen mitunter ausdrücklich vor, dass die Ferien nicht während der Saison oder in Perioden dringender Arbeiten, sondern nur in der flauen Zeit beansprucht werden können*. 60

Auf die Haushaltinteressen wird abgestellt, wenn die Arbeit nicht im Betrieb des Arbeitgebers, sondern in dessen Haushalt geleistet wird, oder wenn der Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber in Hausgemeinschaft lebt*. Die Haushaltinteressen wurden den Betriebsinteressen bei der Revision des Arbeitsvertragsrechts im Hinblick auf die Arbeitsverhältnisse in der Landwirtschaft und im Hausdienst gleichgestellt*. 61 62

3.2.3 Gegenüberstellung

Der Arbeitgeber hat nach pflichtgemässem Ermessen zu prüfen, ob die ausserordentliche Belastung für Betrieb oder Haushalt hinreichend gewichtig ist, um die Wünsche des Arbeitnehmers in den Hintergrund treten zu lassen. Willkürliche Nichtberücksichtigung begründeter Wünsche des Arbeitnehmers verstösst gegen die gesetzliche Berücksichtigungspflicht.

Theoretisch könnte der Arbeitnehmer an den Richter gelangen und durch diesen überprüfen lassen, ob nicht die Wünsche mit den Betriebs- oder Haushaltinteressen vereinbart werden können. Praktisch käme er jedoch in der Regel zu spät in den Besitz eines allfälligen ihn unterstützenden Urteils.

Bei Verletzung zumutbarer Rücksichtnahme kann der Arbeitnehmer aber den Bezug der Ferien ablehnen*. Dass ihm in solchen Fällen ein Widerspruchsrecht zusteht, wurde auch von der Gerichtspraxis anerkannt. So führte das Gewerbegericht Zürich* aus: "Gewiss löst Artikel 341 bis Abs. 3 OR die Interessenkollision zugunsten des Arbeitgebers, aber nicht um diesem diktatorische Vollmacht zu erteilen, Resultiert aus der gesetzlichen Ordnung das Verbot eigenmächtigen Ferienbezuges, so muss umgekehrt dem Arbeitnehmer überall da ein Widerspruchsrecht zustehen, wo ohne Vorliegen schutzwürdiger Betriebsinteressen die Erreichung des Ferienzweckes in Frage gestellt ist. Der Dienstherr kann sich nicht kraft seiner übergeordneten Stellung allein über die Wünsche des Dienstpflichtigen hinwegsetzen, sondern nur dann, wenn das Betriebsinteresse höher gewertet wird, als das auf den Ferienzweck gerichtete Interesse des Arbeitnehmers. Darüber zu befinden, obliegt dem Richter. Er wird 63 64

---

60 TSCHUDI S. 163 f; 61 STREIFF S. 88; 62 vgl. Botschaft 1967 S. 112, Art. 341 bis Abs. 3 OR erwähnte nur die Betriebsinteressen.

63 CANNER-SCHOOP N. 10 zu Art. 64 ArbG, BAERLOCHER S. 74 sowie SAGZ 1972 S. 9, wonach grundsätzlich kein Recht des Arbeitnehmers zur Ablehnung des Ferienbezuges für bestimmte

dabei nicht übersehen können, dass das heutige Ferienrecht ein Stück Gesetzgebung zum Schutze der "abhängigen Arbeit" darstellt, dass der Anspruch als solcher unabdingbar ist, dass man sich lange fragte, ob nicht weiterhin öffentliches Recht die Regelung übernehmen sollte, und dass Artikel 341 bis immerhin nicht erst mit dem revidierten OR-Titel, sondern bereits mit dem neuen Arbeitsgesetz in Kraft trat."

Der Arbeitnehmer tut gut daran, seine eingegebenen Ferienwünsche zu begründen. Je zwingender die Gründe, desto eher vermögen sie allfällige gegenteilige Betriebsinteressen zu entkräften. Der Arbeitgeber wird zudem, falls er von mehreren Arbeitnehmern gleichlautende Ferienbegehren erhält, jedoch aus betrieblichen Gründen nur einzelnen entsprechen kann, die am besten begründeten Wünsche vorweg berücksichtigen. In diesem Sinne sieht das Bundesurlaubsgesetz Deutschlands* vor, dass bei der zeitlichen Festlegung 65
des Urlaubs die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind, "es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen."

3.3 Andere Möglichkeiten der Festsetzung

Da die gesetzliche Festsetzungsordnung abänderlich ist, kann die Bestimmung der Ferien in beliebiger anderer Form erfolgen. Es kann vorgesehen werden, dass sie der Arbeitgeber nach freiem Ermessen, ohne Berücksichtigung der Wünsche des Arbeitnehmers, zuteilen kann. Immerhin wäre in solchen Fällen der Arbeitgeber nach wie vor an den Grundsatz der zusammenhängenden Gewährung sowie an die Pflicht zur Achtung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers gebunden. Manchmal wird vorgesehen, dass der Arbeitgeber einen Teil des Ferienanspruchs, zum Beispiel 14-tägige Betriebsferien, nach freiem Ermessen zuteilen kann.

Möglich ist anderseits das Zugeständnis an den Arbeitnehmer, dass er zu jeder Zeit nach eigenem Ermessen, also ohne Einräumung durch den Arbeitgeber, die Ferien beziehen könne . Weitgehend selbständig kann beispielsweise der Heimarbeiter, der nicht dauernd in den Diensten des Arbeitgebers steht, seine Ferien beziehen. Er bedarf keiner Zuweisung durch den Arbeitgeber, sondern kann in Zeiten von Arbeitsunterbrüchen seine Ferien nach eigenem Gutfinden nehmen*. 66

Jahreszeiten besteht, vorbehalten der eher unwahrscheinliche Fall, dass ein Arbeitgeber sich z.B. aus Schikane über vernünftige Wünsche des Arbeitnehmers hinwegsetzen würde.

64 Urteil vom 25. Mai 1967 (BlZR 1969 Nr. 84)

65 § 7 Abs. 1

66 vgl. SCHWEINGRUBER S. 385

Häufig wird vorgesehen, dass sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer über den Zeitpunkt der Ferien zu einigen haben. Dann ist vor jedem Ferienbezug eine Vereinbarung notwendig. Arbeitgeber wie Arbeitnehmer müssen mit dem vorgesehenen Zeitpunkt einverstanden sein*. 67

In grösseren Betrieben werden die Betriebskommissionen für die Ferienzuteilung beigezogen*. Der Arbeitgeber oder die zuständige 68
Personalabteilung erarbeitet zusammen mit den Arbeitnehmern oder deren Betriebsvertretung einen Ferienplan, in welchem die einzelnen Ansprüche zeitlich festgelegt werden. Die Ferienzuteilung erfolgt nicht von Fall zu Fall, sondern frühzeitig zum voraus für die ganze Belegschaft, wobei Einzelbegehren allenfalls zu bereinigen sind*. Unter Umständen können die Arbeitnehmer ihre Ferienwün- 69
sche selber in die Ferienlisten eintragen. Verbindlichkeit erlangen die durch die Liste konkretisierten Ansprüche jedoch in der Regel erst mit der Bestätigung und Bekanntmachung durch den Arbeitgeber*. Die endgültig in die Ferienliste eingetragenen Ansprüche wer- 70
den mit Erreichung des bestimmten Zeitpunktes ohne weiteres fällig*. 71

3.4 Betriebsferien

Gewisse Betriebe ziehen es vor, zu einer bestimmten Zeit den Betrieb für kurze Dauer vollständig zu schliessen und allen Arbeitnehmern auf einmal die Ferien einzuräumen, statt über längere Zeit eine durch Ferienabwesenheiten stark geminderte Leistungsfähigkeit in Kauf nehmen zu müssen. Derartige ferienbedingte kurzfristige Betriebsschliessungen, Betriebsferien genannt, sind häufig bei Kleinbetrieben anzutreffen, in denen der Arbeitgeber und seine Familie aktiv mitarbeiten. Oft wird der Arbeitgeber in diesen Fällen während seiner eigenen Ferien den Arbeitnehmern ebenfalls Ferien zuteilen, namentlich wenn er keinen zuverlässigen Stellvertreter finden kann. Aber auch in Grossbetrieben drängen sich gelegentlich aus Produktivitätsgründen oder wegen Ersparnis an festen Unkosten (Beleuchtung, Kosten für nicht voll genützte Kapazitäten usw.) Betriebsferien auf. Hauptbeispiel sind die Uhrmacherferien, wo Tausenden von Arbeitnehmern gleichzeitig Ferien zugeteilt werden*. 72

Die Betriebsferien werden meistens auf die Sommermonate verlegt, also auf einen nach allgemeiner Ansicht günstigen Zeitpunkt*. Denn- 73
noch können durch die kollektive Zuweisung gewichtige Einzelinteressen missachtet werden. Es liegt auf der Hand, dass der Arbeitgeber bei Schliessung des Betriebs ein grosses Interesse hat, allen

---

67 vgl. z. B. Art. 18.7 GAV Holzindustrie, Art. 9 Abs. 9 GAV Carrosseriegewerbe, Art. 21.3.2 GAV Hoch- und Tiefbau,

68 Art. 16.4 GAV Tapezierergewerbe sowie SMOLENSKY S. 34 vgl. z. B. Verabredung vom 19. Juli 1974 betreffend Mitwirkung der Arbeitnehmer im Betrieb auf dem Gebiete der Maschinenindustrie, III 2.2.1, wonach die Betriebskommission Mitsprache- und Mitbestimmungsrecht hinsichtlich Ferienplan und Urlaubsregelung hat. Das Arbeitszeitgesetz (Art. 12) schreibt die Auf-

Arbeitnehmern auf diesen Zeitpunkt Ferien zu gewähren und nicht vereinzelte beschäftigen zu müssen. Nur sofern trotz Betriebsschliessung eine sinnvolle Beschäftigung möglich bliebe, vermöchten wohl Sonderwünsche des Arbeitnehmers gegenüber den Betriebsinteressen zu überwiegen*. In den meisten Fällen dauern die Betriebsferien im übrigen nur eine oder zwei Wochen, so dass gewöhnlich ein Teil der gesamten Feriendauer zu einem andern Zeitpunkt bezogen werden kann. Für diesen verbleibenden Teil sollten dann die Interessen des Arbeitnehmers vermehrt berücksichtigt werden. Hat sich der Arbeitgeber das Recht auf Festlegung von Betriebsferien vertraglich ausbedungen, so bleibt kein Raum mehr für Sonderwünsche des Arbeitnehmers. Immerhin darf dem Arbeitgeber zugemutet werden, auf ein Begeheren des Arbeitnehmers um unbezahlten Urlaub einzutreten, wenn er aus dringendem Anlass für einen bestimmten Zeitpunkt Ferien gewünscht hat, die Erteilung aber wegen Erfüllung des Anspruchs durch die Betriebsferien nicht möglich war. Die Ablehnung eines solchen Begehrens liesse sich wohl nur durch ausserordentliche Belastung des Betriebsablaufs infolge der gewünschten Abwesenheit rechtfertigen. 74

Nicht annehmen muss ein Arbeitnehmer die Betriebsferien, wenn er bis vor ihren Beginn noch keinen entsprechenden Ferienanspruch erworben hat. Möglich ist aber Vereinbarung der Verrechnung mit späteren Ferienansprüchen, die auch stillschweigend, durch Unterlassung rechtzeitigen Widerspruchs seitens des Arbeitnehmers, erfolgen kann. Der Arbeitnehmer muss aber orientiert worden sein, dass während der Betriebsschliessung die künftigen Ferien vorgeleistet werden*. Lehnt der Arbeitnehmer den Vorbezug ab und beschäftigt ihn der Arbeitgeber während der Betriebsferien nicht, so gerät dieser in Annahmeverzug*. 75 76

---

stellung von Dienstplänen vor, bei deren Festsetzung die Arbeitnehmer oder deren Vertreter anzuhören sind. Vgl. auch WEBER S. 70.

69 SCHWEINGRUBER S. 177 f. Er bezeichnet deshalb die Zuweisungsvorschrift des Obligationenrechts als umständlich und altmodisch.

70 MOLITOR S. 88 ff

71 SMOLENSKY S. 32 f

72 vgl. TSCHUDI S. 164

73 vgl. z. B. Art. 9 Abs. 9 GAV Carrosseriegewerbe, wonach Betriebsferien, nach Rücksprache mit den Arbeitnehmern, in die Monate Juli bis September zu verlegen sind.

74 vgl. STREIFF S. 88, wonach der Respekt vor der Persönlichkeit des Arbeitnehmers Ausnahmen von Betriebsferien rechtfertigen könne.

75 SCHENK S. 71 und 161, CANNER-SCHOOP N. 9 zu Art. 64 ArbG

76 Art. 324 OR, vgl. Ziff. 1 hievor und nebst den zitierten Autoren SCHWEINGRUBER S. 178. Ausdrücklich auf die Verzugsfolgen weist Art. 9 Abs. 9 GAV Carrosseriegewerbe hin: "Betriebsschliessungen während der Ferienzeit sind unter Vorbehalt von Art. 324 OR im Einverständnis mit der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmer möglich."

3.5 Festsetzungsfrist

Das Obligationenrecht schreibt nicht vor, wie lange vor dem Beginn der Ferien deren Zeitpunkt dem Arbeitnehmer mitgeteilt werden muss. Der Arbeitnehmer ist meistens sehr daran interessiert, frühzeitig die Lage seiner Ferien zu kennen. Er muss sich auf ihren Bezug vorbereiten, damit er sie zweckmässig verwenden und am besten ausnützen kann. Verbringt er die Ferien auswärts, so muss er oft Wochen oder Monate zum voraus Ferienwohnungen, Hotels, Pensionen oder andere Unterkünfte bestellen, Reisebuchungen vornehmen und weitere organisatorische Belange regeln. Müsste der Arbeitnehmer diese Dinge ohne Voranzeige des Zeitpunkts von einem Tag auf den andern besorgen, so wäre er nicht nur in seinen Ferienmöglichkeiten stark eingeschränkt, vielmehr hätte er sie auf Kosten der Feriendauer zu erledigen, womit diese um die entsprechende Zeit verringert wäre. Je länger zum voraus der Arbeitnehmer den Ferienzeitpunkt kennt, umso vielseitigere Möglichkeiten der Feriengestaltung wird er prüfen können. Die Voraussetzungen, dass er befriedigt von seinen Ferien zurückkehren wird, wachsen mit eingehender Planung beträchtlich.

Abgesehen von der rein administrativen Seite darf die geistige Vorbereitung nicht ausser Acht gelassen werden. Wer zum Beispiel eine Reise unternimmt, geniesst die unterwegs gewonnenen Eindrücke mehr, wenn er zuvor Gelegenheit gehabt hat, sich durch Literatur oder auf andere geeignete Weise mit Sehenswürdigkeiten, Charakter und Problemen des Reiseziels vertraut zu machen. Zudem bietet schon die Vorfreude auf die Ferien einen wichtigen Teil der Erholung. Kann sich der Arbeitnehmer nicht während einer gewissen Zeit vor Ferienantritt psychisch auf die Freizeit vorbereiten, so wird er sich wiederum auf Kosten der Ferien von Arbeit auf Erholung umgewöhnen müssen. Vielleicht bemerkt er erst am Ferienende, dass er sich eigentlich hätte erholen sollen. Im übrigen hat die Ferienvorfreude günstige Auswirkungen auf die Arbeitsleistung vor den Ferien. Ein Arbeitnehmer, der weiss, dass er in einigen Wochen wird ausspannen können, geht mit anderer Einstellung an die Arbeit als ein solcher, der bis auf weiteres nur den grauen Alltag vor sich sieht.

In diesem Sinne gewährte die Gerichtspraxis dem Arbeitnehmer schon vor Jahren das Recht, den Bezug kurzfristig angesetzter Ferien zu verweigern*. Verschiedentlich wurden Fristen von zwei, drei oder vier Wochen als Mindestmass der Vorankündigung bezeichnet. Die Feriengesetze der Kantone Basel-Stadt und Genf verlangen mindestens 14 Tage, Solothurn und Glarus mindestens vier Wochen*. [77] [78]

---

[77] vgl. Berichte des Gewerblichen Schiedsgerichtes Basel-Stadt 1952 S. 19 f und 1959, Gewerbegericht Zürich, Urteil vom 25. Mai 1967 (BlZR 1969 Nr. 84), GewRS 1953 (Gesetz und Recht S. 1 ff)

[78] vgl. TSCHUDI S. 114; SMOLENSKY S. 34; BlZR 1969 Nr. 84; Eidgenössisches Feriengesetz, Eingabe des Landesverbandes freier Schweizer Arbeiter, S. 13 (mindestens 14 Tage), Vorentwurf zum Arbeitsgesetz 1945 (nach Möglichkeit drei Wochen), 1950 (mindestens 14 Tage).

Diese Ankündigungsfristen erscheinen für die heutigen Verhältnisse zu kurz. Sie mochten ausreichen in einer Zeit, da Volkstourismus und auswärtige Ferien für den durchschnittlichen Arbeitnehmer noch Fernziele waren. Heute wird denn auch weniger auf feste Fristen abgestellt, sondern verlangt, dass die Ansetzung rechtzeitig erfolgen müsse, wobei die Interessen und Rücksichten im Einzelfall ausschlaggebend seien*. Die Verordnung zum Arbeitszeitgesetz sieht sogar Bekanntgabe des Ferienzeitpunktes vor Beginn des Kalenderjahres vor, spätestens jedoch drei Monate vor Ferienbeginn*. 79 80

Aus der Pflicht des Arbeitgebers, die Wünsche des Arbeitnehmers soweit zu berücksichtigen, als dies mit den Interessen des Betriebes oder Haushalts vereinbar ist, darf geschlossen werden, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht unnötigerweise über einen vorgebrachten Wunsch im Ungewissen lassen darf. Gibt der Arbeitnehmer einen Wunsch ein, so darf er damit rechnen, dass der Arbeitgeber binnen kurzem dazu Stellung nimmt. Die Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers zwingt ihn zur Stellungnahme, sofern dies die Verhältnisse in Betrieb oder Haushalt erlauben. Würde ein Wunsch bei nicht rechtzeitiger Prüfung - beispielsweise wegen Ablaufs einer Bestell- oder Anmeldefrist für Ferienreisen oder -aufenthalte - gegenstandslos, so läge nur dann keine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht vor, wenn die Versäumnis durch Interessen oder unklare Verhältnisse des Betriebs oder Haushalts gerechtfertigt werden könnte. Der Arbeitnehmer ist also in der Lage, in wichtigen Fällen durch frühzeitiges Eingeben seines Wunsches wenn auch nicht entsprechende Zuweisung, so doch frühzeitige Stellungnahme des Arbeitgebers zu erwirken.

6 Missachtung rechtmässiger Festsetzung durch den Arbeitnehmer

Der Ferienanspruch ist regelmässig erst mit Eintritt des Zeitpunktes fällig, auf den die Ferien angesetzt worden sind*. Der Arbeitnehmer darf also erst ab diesem Zeitpunkt der Arbeit fernbleiben. Missachtet er das Ansetzungsrecht des Arbeitgebers und bezieht er die Ferien eigenmächtig, so verletzt er den Arbeitsvertrag, sofern der Arbeitgeber nicht seinerseits durch rechtswidrige Festsetzung eine Vertragsverletzung begangen hat. Die eigenmächtige Freistellung des Arbeitnehmers macht ihn schadenersatzpflichtig. Sie kommt einer Arbeitsverweigerung gleich und kann - namentlich wenn der Bezug auf einen bestimmten Zeitpunkt aus sachlichen Gründen verweigert worden war - einen Grund zu fristloser Entlassung liefern*. 81 82

---

79 Gewerbegericht Zürich, Urteil vom 25. Mai 1967 (BlZR 1969 Nr. 84), vgl. von BUEREN S. 161 sowie STREIFF S. 88, der aus der Pflicht der Rücksichtnahme auf die Wünsche des Arbeitnehmers frühzeitige Zuteilung ableitet.

80 Art. 19 ArbZV

81 vgl. Ziff. 1 sowie 3.1 ff hievor

Bei Erreichen des festgesetzten Zeitpunktes kann der Arbeitnehmer nicht nur die Ferien beziehen, er muss es auch. Durch die rechtmässige Festsetzung ist der Arbeitgeber seiner Bestimmungspflicht nachgekommen. Der Arbeitgeber gerät nicht in Annahmeverzug, wenn er in der zum Ferienbezug bestimmten Zeit dem Arbeitnehmer jede Beschäftigung verweigert. Durch Nichtannahme der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers kann somit der Arbeitgeber den vorgesehenen Ferienbezug erzwingen, immer vorausgesetzt, dass die Zuweisung rechtmässig war. Nimmt er aber die Arbeit während dieser Zeit weiterhin entgegen, so erklärt er sich stillschweigend mit der vom Arbeitnehmer angestrebten Verschiebung der Ferien einverstanden. In der Annahme der angebotenen Arbeit liegt ein stillschweigend vereinbarter Fälligkeitsaufschub*. Der Arbeitgeber muss die Ferien "gewähren". Er hat 83
somit auch dafür zu sorgen, dass sie genommen werden und darf deshalb den Arbeitnehmer nicht beschäftigen. Es wäre rechtsmissbräuchlich, wollte er sich später auf den Standpunkt stellen, er habe dem Arbeitnehmer die Ferien gewährt. Zudem müsste der Nichtbezug als Verzicht des Arbeitnehmers auf Ferien gewertet werden, der jedoch, soweit es sich um einen gesetzlich oder gesamtarbeitsvertraglich zwingenden Anspruch handelt, nichtig wäre*. Wegen der 84
Gewährungspflicht und der Durchsetzungsmöglichkeit des Arbeitgebers kann wohl kaum die nachträgliche Geltendmachung nichtbezogener Ferien rechtsmissbräuchlich erscheinen, höchstens wenn der Arbeitnehmer darauf ausging, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Ferienlohn ohne entsprechende Freizeit einzutreiben*. 85

4. Festsetzung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses

4.1 Ansetzung in Kündigungsfrist oder alleinige Gewährung des Ferienlohns

Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellt sich die Frage, ob die Ferien noch vor der Auflösung angesetzt werden sollen, oder ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ohne Freizeitgewährung lediglich den Ferienlohn auszubezahlen hat. In der Literatur wird sowohl die Meinung vertreten, die Ferien seien vor dem Austritt in natura einzuräumen, als auch diejenige, wonach lediglich der Ferienlohn geschuldet sei.

---

82 Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Jahresbericht 1950/51 S. 21 und Urteil vom 15. Mai 1962 (BJM 1964 S. 232); Gewerbegericht der Stadt Bern (Urteil Nr. 183 vom 15. Juli 1968), wonach die Untergrabung der Autorität des Arbeitgebers nicht zugelassen werden dürfe; vgl. auch OSER-SCHOENENBERGER N. 6 zu Art. 341 OR, CANNER-SCHOOP N. 9 zu Art. 64 ArbG, GewRS 1964 (Gesetz und Recht S. 17), STREIFF S. 88 sowie SCHWEINGRUBER S. 185, der festhält, dass angesichts der elastischen Formulierung von Art. 329 c Abs. 2 OR die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen seien und insbesondere ein schikanöses Verhalten der einen oder andern Partei keinen Rechtsschutz verdiene.

Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Erfüllung beider Leistungen. Die Zuteilung nicht bezogener Ferien in die Zeit nach erfolgter Kündigung ist deshalb verbreitet. Das Feriengesetz Basel-Stadts schrieb sie ausdrücklich vor*. Dem Arbeitgeber kann 86
aber unter Umständen nicht zugemutet werden, die Ferien noch vor der Auflösung anzusetzen. Bei kurzer Kündigungsfrist müsste er den Arbeitnehmer sonst ohne grosse Umstellungsmöglichkeiten aus dem Betrieb ausscheiden lassen. Gerade in dieser Ablösungsphase können Betriebsinteressen der Ferienerteilung entgegenstehen, indem der Arbeitnehmer etwa dringende angefangene Arbeit zu Ende führen oder einen Nachfolger mit dem Arbeitsbereich und den Arbeitsproblemen vertraut machen sollte. Bei Vorliegen solcher schutzwürdiger Betriebsinteressen muss sich der Arbeitnehmer mit der Ausrichtung des Ferienlohns begnügen*, es sei denn, der Arbeitge- 87
ber habe den Zeitpunkt der Auflösung schon lange zum voraus gekannt und die mögliche Zuteilung der Ferien in der Absicht, nur noch den Ferienlohn bezahlen zu müssen, unterlassen.

Anderseits kann auch der Arbeitnehmer daran interessiert sein, dass ihm die Ferien nicht noch vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses angesetzt werden. Nach herrschender Praxis kann er den Bezug der in die Kündigungsfrist angesetzten Ferien ablehnen, wenn er infolge zu kurzer Vorankündigung um die Möglichkeit angemessener Vorbereitung gebracht würde oder während der Ferienzeit der Stellensuche nachgehen müsste. In beiden Fällen könnte der Erholungszweck der Ferien nicht voll verwirklicht werden. Auch wenn der Arbeitnehmer unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei einem neuen Arbeitgeber eine Stelle antritt, ist er in der Lage, nachträglich die Ferien zweckmässiger zu verbringen. Er muss sich einzig beim neuen Arbeitgeber auf einen günstigen Zeitpunkt unbezahlten Urlaub ausbedingen, den er dann mit dem vom früheren Arbeitgeber erhaltenen Ferienlohn finanziert*. Sofern 88
die Zuteilung der Ferien in die Kündigungsfrist unzumutbar ist, kann sie der Arbeitnehmer ablehnen, dem Arbeitgeber die Dienste anbieten und ihn in Annahmeverzug versetzen. Neben der Lohnzahlung nach Artikel 324 OR kann er dann auch den Ferienlohn fordern. Im Streitfall ist der Arbeitnehmer für die Ablehnung des Ferienbezugs und die Anbietung seiner Dienste beweispflichtig, da er sich aus der Ablehnung (Annahmeverzug) Rechte ableitet*. 89

---

83 vgl. BAERLOCHER S. 115; 84 Art. 341 Abs. 1 OR

85 H. THALMANN-ANTENEN S. 213

86 SCHWEINGRUBER S. 184 f, SAGZ 1968 S. 647 f, da das OR vom Gedanken des Arbeitnehmerschutzes her das Hauptgewicht auf Ferienbezug in natura lege. Ferner Jahresbericht des Gewerblichen Schiedsgerichtes Basel-Stadt 1946 S. 14, DRESSLER, GewRS 1967 (Gesetz und Recht S. 1 ff), sowie Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 13. April 1959 (SJZ 1959 S. 175), § 16 des Feriengesetzes von Basel-Stadt.

4.2 Keine Sonderregelung

Mangels Sondervorschriften für die Festsetzung der Ferien bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gilt die allgemeine Regel, wonach eine Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitnehmers und denjenigen des Arbeitgebers stattzufinden hat. Wünsche des Arbeitnehmers sind auch während der Kündigungsfrist nach Möglichkeit zu berücksichtigen, und in gleicher Weise können Betriebs- oder Haushaltinteressen mit der Zuteilung unvereinbar sein. Das Gesetz zwingt bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses in keiner Weise zum Naturalbezug der Ferien. Der Gesetzgeber hat im Gegenteil ausdrücklich das Abgeltungsverbot auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses beschränkt und damit den Umständen bei der Vertragsauflösung Rechnung tragen wollen. Die Botschaft zum Arbeitsgesetz führte zur Abgeltung aus, diese müsse bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Beteiligten freistehen, weil es in diesen Fällen "meistens" gar nicht mehr möglich sei, Ferien zu gewähren. Nur in den wenigsten Fällen stehen bei der Auflösung zu wenig Arbeitstage zum Ferienbezug zur Verfügung. Die Formulierung der Botschaft ist deshalb so zu verstehen, dass auch aus andern Gründen - etwa zu kurzfristige Voranzeige, Bedarf der Arbeitskraft, Stellensuche, Unzumutbarkeit der Ferienteilung - Unmöglichkeit auftreten kann*. 90

4.3 Schadenersatz und Ferienlohn bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung

Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu Unrecht fristlos entlassen, so stellt sich die Frage, ob der Ferienlohn neben dem für die bestimmte Vertragszeit oder bis zum Ablauf der Kündigungsfrist* 91
fortzuzahlenden Lohn entrichtet werden muss oder auf diesen Lohnbetrag angerechnet werden kann.

Sicher kann dem Arbeitnehmer im Umfang des Ferienlohns kein Abzug wegen nicht angenommener anderweitiger Arbeit gemacht werden*, da er den Ferienlohn zur Finanzierung der Ferien muss ver- 92
wenden können.

---

87 vgl. TSCHUDI S. 115 f, Gewerbegericht Zürich, Urteil vom 25. Mai 1967

88 vgl. Berichte des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt 1952 S. 19 f und 1959, Urteile des Gewerbegerichts Zürich vom 13. August 1936, 16. Mai 1966 und 25. Mai 1967 (BlZR 1937 Nr. 39 g, 1968 Nr. 30, 1969 Nr. 84), BAERLOCHER S. 74, von BUEREN S. 161, SCHENK S. 72, STREIFF S. 88. Abweichend SCHWEINGRUBER S. 184 f sowie SAGZ 1968 S. 647 f.

89 BlZR 1968 Nr. 30 = ARV 1968 S. 69 ff

90 Bbl 1960 II 1020, Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 25. Mai 1967 (BlZR 1969 Nr. 84).

Die Gültigkeit der Ferienzuweisung in die Zeit, für die der Arbeitgeber den Lohn fortzahlen muss, ist von der Möglichkeit angemessener Feriengestaltung abhängig. Kann dem Arbeitnehmer der Ferienbezug während dieser Zeit nicht zugemutet werden, so bleibt das Feriengeld als Vorteil, der aus dem Arbeitsverhältnis erwachsen ist, neben dem fortzuzahlenden Lohn geschuldet*. Die Rechtsprechung zum Feriengesetz Basel-Stadts ging hingegen durchwegs von der Anrechnung des Ferienlohns auf den fortzuzahlenden Lohn aus, wie sie auch stets Naturalbezug während der ordentlichen Kündigungsfrist verlangte*. Auch das Gewerbegericht Bern mutet dem Arbeitnehmer Bezug der Ferien während der Kündigungsfrist zu und lässt den Ferienanspruch im fortzuzahlenden Lohn untergehen, da der Arbeitnehmer seine Freizeit sonst "doppelt bezogen und bezahlt erhalten" hätte*. Der Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis rechtswidrig auflöste, darf jedoch bestimmt nicht besser gestellt sein, als derjenige, der sich an Vertragsdauer und Kündigungsfristen hält. 93 94 95

5. Unterlassung der Festsetzung

5.1 Verwirkung des Festsetzungsrechts

Der Arbeitgeber hat nicht nur das Recht, solange keine abweichende Regelung vorliegt, den Zeitpunkt der Ferien festzulegen, er ist auch zur Festsetzung verpflichtet, da der Arbeitnehmer ohne sie die Ferien nicht beziehen darf. Die Ferien müssen spätestens auf den Zeitpunkt angesetzt werden, der ihren Bezug noch vor Ablauf des dem Erwerbsjahr folgenden Dienstjahres ermöglicht. Falls eine Ferienperiode vereinbart wurde, können die Ferien längstens solange aufgeschoben werden, dass ihr letzter Tag mit dem Ende der Periode zusammenfällt*. Setzt der Arbeitgeber die Ferien nicht spätestens auf den letzten gesetzlich oder vertraglich zulässigen Zeitpunkt fest, so verwirkt er sein Festsetzungsrecht. Er verdient die Rücksichtnahme auf die Interessen des Betriebs oder Haushalts nicht mehr, hätte er doch genügend Zeit gehabt, den für ihn günstigsten Zeitpunkt zu wählen. Deshalb hat er keine Möglichkeit mehr, die Fälligkeit des erworbenen Anspruchs weiterhin aufzuschieben. 96

5.2 Selbsteintritt der Fälligkeit

Auf den Zeitpunkt der letztmöglichen Erfüllung wird der Ferienanspruch unabhängig von der Einräumung durch den Arbeitgeber fällig*. Der Arbeitnehmer kann, ohne rechtliche Sanktionen befürchten 97

---

91 vgl. Art. 337 c Abs. 1 OR; 92 vgl. Art. 337 c Abs. 2 OR
93 vgl. Art. 337 c Abs. 1 OR; 94 vgl. BJM 1960 S. 188 sowie DRESSLER, GewRS 1967, Gesetz und Recht S. 1 ff
95 Urteil Nr. 231 vom 17. August 1970
96 vgl. 2.2.2 hievor

zu müssen, mit Eintritt dieses Zeitpunktes der Arbeit fernbleiben. Er übt lediglich ein vertragliches Recht aus, das nun an keine Voraussetzungen mehr gebunden ist. Rücksichten auf die Betriebsinteressen könnten höchstens noch aus der Treupflicht des Arbeitnehmers hergeleitet werden, nicht aber aus dem Ansetzungsrecht des Arbeitgebers, da dieser auf den darin liegenden gesetzlichen Schutz verzichtet hat. Eine gerichtliche Klage auf Einräumung der Ferien wäre wenig sinnvoll, da der Arbeitnehmer seinen Anspruch selbst durchsetzen kann.

5.3 Uebergang des Festsetzungsrechts auf den Arbeitnehmer

Sofern nun aber der Ferienbezug vor Ablauf der Ferienperiode oder des folgenden Dienstjahres aus irgendwelchen Gründen dem Arbeitnehmer nicht zugemutet werden kann, stellt sich die Frage, ob der entsprechende Bezug nicht auch zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen darf. Durch Nichtbezug innerhalb der vorgesehenen Periode verwirkt ja der Ferienanspruch nicht*. 98

In allen Fällen nicht rechtzeitig bestimmter Ferien muss davon ausgegangen werden, dass der Arbeitgeber jeden andern Zeitpunkt gegenüber den Möglichkeiten, die ihm zur Verfügung gestanden wären, vorzieht und den späteren Ferienbezug des Arbeitnehmers billigt. Sein vertragswidriges Verhalten vermöchte nicht zu rechtfertigen, dass man den Arbeitnehmer auf die verbleibende Zeit der Ferienperiode oder des Dienstjahres verwiese. Es darf daher angenommen werden, dass das Bestimmungsrecht auf den Arbeitnehmer übergeht, wobei ihm die Treupflicht bis zu einem gewissen Grad Rücksichtnahme auf die Betriebsinteressen und rechtzeitige Vorankündigung des Ferienbezugs gebietet.

Jedenfalls könnte dem Arbeitnehmer bei einem solchen Selbstbezug der Ferien keine Vertragsverletzung vorgeworfen werden. Einwendungen des Arbeitgebers gegen den Selbstbezug erschienen wohl bald rechtsmissbräuchlich. Gegen den Vorwurf der Arbeitspflichtverletzung hätte der Arbeitnehmer im übrigen die Einrede des nichterfüllten Vertrags*. 99

---

97 OSER-SCHOENENBERGER N. 6 zu Art. 341 OR, WEBER S. 68, TSCHUDI S. 166 f sowie Probleme des Ferienrechts, GewRS 1949 (Gesetz und Recht S. 18), CANNER-SCHOOP N. 9 zu Art. 64 ArbG, BAERLOCHER S. 73, 109. Gegenteiliger Ansicht

98 NIKISCH S. 450 f, der gerichtliche Einräumung verlangt.

99 vgl. 2.2.2 hievor

Art. 82 OR, vgl. WEBER S. 65 sowie OSER-SCHOENENBERGER N. 6 zu Art. 341 OR, der unter Verweis auf von THUR ein einfaches obligationenrechtliches Zurückbehaltungsrecht annimmt. Unbefriedigend ist die Konstruktion SMOLENSKY's (S. 39 ff), wonach Selbstbeurlaubung nur bei Auflösung des Vertrags nach Art. 102 ff OR möglich und sonst richterliche Feststellung des Zeitpunktes notwendig sei.

5.4 Vorzeitige Fälligkeit bei Verweigerung der Ferien

Theoretisch wäre möglich, dass Fälligkeit schon vor Ablauf der Ferienperiode oder des dem Erwerbsjahr folgenden Dienstjahres eintritt. Dann nämlich, wenn der Arbeitgeber die Erfüllung des Ferienanspruchs verweigert oder wenn auf andere Weise zweifelsfrei feststeht, dass er die Ferien nicht einräumen wird. Auch hier verwirkt der Arbeitgeber das Festsetzungsrecht zugunsten des Arbeitnehmers. Dies in Analogie zu den im allgemeinen Vertragsrecht von Literatur und Praxis bei vorzeitigem Feststehen der Nichterfüllung gewährten Verzugsfolgen.* 100

6. Verschiebung festgesetzter Ferien

6.1 Rechtsnatur des Festsetzungsrechts

Hat der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien einmal festgesetzt, so muss sich der Arbeitnehmer darauf verlassen können, dass die Festsetzung endgültig ist. Er kann seine Vorbereitungen nur treffen, wenn er Gewissheit hat, dass der Bezug auf den festgesetzten Zeitpunkt mit Sicherheit wird erfolgen können. Der Arbeitgeber darf daher nicht aus beliebigen Gründen auf die Festsetzung zurückkommen. Die Betriebsinteressen mögen gelegentlich wohl gebieten, dass er sich nicht zu früh festlegt, beispielsweise wenn noch unsicher ist, ob ein erwarteter grösserer Auftrag eingehen und zu stärkerer Arbeitsbelastung führen wird. Weist der Arbeitgeber jedoch den Zeitpunkt verbindlich zu, so verzichtet er für die entsprechende Zeit endgültig auf die Arbeitsleistung. Die Interessen des Arbeitnehmers am zweckmässigen Ferienbezug erhalten damit gegenüber den Betriebsinteressen den Vorzug.

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer die Festsetzung bekanntzugeben, nicht jedoch durch ihn genehmigen zu lassen. Beim Festsetzungsrecht handelt es sich folglich um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, um ein grundsätzlich unwiderrufliches Gestaltungsrecht des Arbeitgebers*. Zu nachträglicher Abänderung des Zeitpunkts bedarf der Arbeitgeber daher des Einverständnisses des Arbeitnehmers*. 1 2

6.2 Verschiebung durch Vereinbarung und in Notfällen

Grundsätzlich ist nachträgliche Verschiebung der einmal festgesetzten Ferien nur in gegenseitigem Einverständnis möglich. Eine Verschiebungsvereinbarung ist jederzeit möglich. Zum Teil verlangen

---

100
1 vgl. BGE 68 II 220 sowie GUHL/MERZ/KUMMER S. 222, 226 MOLITOR S. 88 ff, GOLDSCHMIDT S. 61, WEBER S. 68 ff und BAERLOCHER S. 75

gesamtarbeitsvertragliche Ordnungen besondere Gründe*. Als nichtig könnte eine Vereinbarung höchstens dann erachtet werden, wenn die Parteien die Ferien zu Ungunsten des Arbeitnehmers ausserhalb einer gesamtarbeitsvertraglichen Ferienperiode oder im übernächsten Dienstjahr neu ansetzten*. 3 4

Ausnahmsweise muss die Gegenpartei zur Neufestsetzung Hand bieten. Wird beispielsweise der Arbeitnehmer durch Krankheit, Unfall, gesetzliche Pflichten und dergleichen am Bezug der Ferien verhindert, so kann er vom Arbeitgeber entsprechende Neufestsetzung verlangen, da ihm die Ferien sonst gar nicht gewährt würden.

Anderseits kann der Arbeitgeber infolge unvorhergesehener Ereignisse durch den Ferienbezug des Arbeitnehmers in arge betriebliche Schwierigkeiten geraten. Ein plötzlicher Auftragseingang mit festen Erfüllungsterminen, überraschende Verhinderung von Arbeitnehmern, die unaufschiebbare Arbeiten zu besorgen gehabt hätten, Verhinderung des einzigen Stellvertreters oder Elementarschäden im Betrieb (Feuer, Ueberschwemmungen und dergleichen), können betriebliche Notsituationen heraufbeschwören, gegenüber denen der Erholungsgedanke einstweilen zurücktreten müsste. In solchen Fällen verlangt die Treupflicht vom Arbeitnehmer, dass er seine Ferieninteressen hinter diejenigen des Betriebs zurückstelle und mit dem Arbeitgeber Verschiebung der Ferien vereinbart.

Der Verzicht auf den vorgesehenen Ferienbezug darf dem Arbeitnehmer allerdings nur zugemutet werden, wenn ihm durch die Verschiebung keine Kosten erwachsen. Er ist vielleicht nicht mehr in der Lage, Unterkunfts- und Reisebuchungen rückgängig zu machen und wird ersatzpflichtig. Oder es können ihm durch die Bestellung auf einen späteren Zeitpunkt Mehrkosten entstehen. Die Treupflicht reicht nun sicher nicht so weit, dass der Arbeitnehmer diese Aufwendungen selber tragen müsste. Solange ihm dafür der Arbeitgeber nicht Ersatz anbietet, kann eine Verweigerung der Einwilligung in die Verschiebung nicht als Verletzung der Treupflicht gewertet werden*. Vergütet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer diese Kosten, so verletzt der Arbeitnehmer durch unbegründete Verweigerung die Treupflicht und damit den Arbeitsvertrag. Dies kann ihn schadenersatzpflichtig machen und in wirklich schwerwiegenden Fällen einen Grund zu fristloser Entlassung darstellen*. 5 6

---

2 HUECK-NIPPERDEY S. 409, wogegen in GewRS 1953, Gesetz und Recht S. 1 ff, lediglich das plötzliche An- und Absetzen als unzulässig bezeichnet und einzig verlangt wurde, dass bei Verschiebung eine allfällige für die Ansetzung der Ferien vorgesehene Frist analog berücksichtigt werden müsse.

3 z. B. Art. 9 Abs. 9 GAV Carrosseriegewerbe: "Eine Verschiebung der einmal festgesetzten Ferienzeit ist nur ausnahmsweise und nur bei Vorliegen besonderer Gründe, im ausdrücklichen Einverständnis des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers möglich."

4 vgl. TSCHUDI S. 168, STREIFF S. 89

Der Arbeitgeber kann sich in bezug auf solche plötzlich auftretende Notfälle zum Teil absichern, indem er sich vertraglich für deren Eintritt ein Neufestsetzungsrecht vorbehält*. Ohne besondere vertragliche Grundlage könnte ein solcher Vorbehalt nicht mit der Unwiderruflichkeit des Gestaltungsrechts vereinbart werden*. 7 8

Entgegen jeder Vereinbarung verstiesse die einseitige kurzfristige Verschiebung vor dem vermeintlichen Ferienbeginn gegen den Sinn des Gesetzes, da der Arbeitnehmer wegen der ständigen Ungewissheit einer möglichen Verschiebung die Ferien nicht richtig vorbereiten und so den Ferienzweck nicht voll verwirklichen könnte. Mindestens müssten auch hier vergebliche Vorbereitungskosten ersetzt werden*. 9

6.3 Rückruf aus den Ferien

Wie die Verhinderung des Arbeitnehmers erst in den Ferien entstehen kann, tritt möglicherweise auch der betriebliche Notfall erst während der Ferien ein. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Arbeitgeber unter diesen Umständen berechtigt ist, den Arbeitnehmer aus den Ferien zurückzurufen.

Aus dem Grundsatz der Unteilbarkeit der Ferien wurde früher verschiedentlich auf Unzulässigkeit des Rückrufs geschlossen, wobei für Notfälle ebenfalls Ausnahmen gemacht wurden*. Das Obligationenrecht hat nun aber die Unteilbarkeit relativiert, indem die Ferien nur "in der Regel" zusammenhängend zu gewähren sind und einzig jugendliche Arbeitnehmer einen absoluten Anspruch auf mindestens zwei zusammenhängende Ferienwochen haben. Somit könnte einzig der Jugendliche, der infolge Rückrufs nicht in den Genuss der ununterbrochenen 14 Tage käme, die Unzulässigkeit des Rückrufs aus den gesetzlichen Vorschriften über den Zusammenhang der Ferien herleiten*. 10 11

---

5 vgl. SMOLENSKY S. 38, GOLDSCHMIDT S. 61, BAERLOCHER S. 75, HUECK-NIPPERDEY S. 409

6 vgl. OSER-SCHOENENBERGER N. 33 zu Art. 319 OR

7 Art. 329 c Abs. 2 OR ist ja nicht zwingend

8 WEBER (S. 68) geht dagegen von einem in jeder Festsetzung liegenden stillschweigenden Widerrufsvorbehalt aus.

9 vgl. GewRS 1953, Gesetz und Recht S. 1 ff

10 vgl. SMOLENSKY S. 46, WEBER S. 73 f, TSCHUDI S. 178 f, HUECK-NIPPERDEY S. 403

11 vgl. Art. 329 c Abs. 1 OR sowie 2.1.5 hievor

Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich in jedem Fall Anspruch auf ungestörten Bezug der ihm zugewiesenen Ferien. Er ist für diese Zeit vollständig von der Arbeitspflicht entbunden. Der Arbeitgeber kann ihm keine Weisungen erteilen, da das Direktionsrecht nur während der Arbeitszeit Gültigkeit hat*. Da jedoch die Treupflicht während der ganzen Dauer des Arbeitsverhältnisses, also auch während der Freizeit besteht, gelten für den Rückruf die gleichen Grundsätze wie für die Verschiebung. In wirklich gewichtigen Notfällen muss der Arbeitnehmer seine Ferien abbrechen und dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen. Immerhin ist nach Antritt der Ferien die Zumutbarkeit der Verschiebung an noch strengere Voraussetzungen zu knüpfen. Der Arbeitnehmer zeigt durch die Rückkehr an den Arbeitsplatz ein grosses Entgegenkommen, so dass bei der Neuansetzung der verbleibenden Ferien in erster Linie seine Wünsche zu beachten sein werden*. 12 13

Der Arbeitnehmer schuldet dem Arbeitgeber keine Rechenschaft über die Gestaltung seiner Ferien. Er soll seine Persönlichkeit frei entfalten und sich erholen können, wie und wo immer er dies tun will. Grundsätzlich ist er daher auch nicht verpflichtet, dem Arbeitgeber bekanntzugeben, wo er während der Ferien erreichbar wäre. Eine Rückrufsmöglichkeit besteht für den Arbeitgeber anderseits nur, wenn er weiss, wohin er sich im Notfall wenden muss. Verlangt der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer eine Ferienadresse, so dürfte sie der Arbeitnehmer nicht verweigern können, sofern dies im Hinblick auf einen allfälligen Rückruf geschieht und die Feriengestaltung nicht beeinträchtigt. Von Bedeutung werden solche Fragen wohl nur in Kleinbetrieben oder bei leitenden Angestellten sowie Spezialisten mit wichtigen Fachkenntnissen, also in Fällen, wo ohnehin ein enges Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht und somit ein unnötiger Eingriff in die Privatsphäre des Arbeitnehmers nicht befürchtet werden muss.

7. Rückforderung infolge zuviel gewährter Ferien

7.1 Grundsätzlich keine Rückforderungsmöglichkeit

Das Obligationenrecht geht davon aus, dass die Ferien im Normalfall im Verlaufe des Dienstjahres zusammenhängend gewährt werden, für das sie der Arbeitnehmer erwirbt. Scheidet nun der Arbeitnehmer vor Beendigung des Dienstjahres aus dem Arbeitsverhältnis aus, so kann es vorkommen, dass er den ganzen Jahresanspruch bezogen hat, ohne diesen auch vollständig erworben zu haben. Für den Arbeit-

---

12 vgl. B II 2.2 hievor; 13 Ausdrücklich vorbehalten wird der Rückruf aus dienstlichen Gründen im Bundesbeamtenrecht (vgl. C 1 353 a)

geber stellt sich in solchen Fällen die Frage, ob er sich in irgendeiner Form für den zuviel gewährten Teil des Anspruchs schadlos halten kann. Dieselbe Frage stellt sich, wenn der Arbeitnehmer nach Bezug von Ferien vor Ablauf der Karenzfrist oder vor Erreichen des Stichtages ausscheidet. Die zuviel erhaltene Freizeit kann der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nicht zurückerstatten, weshalb zu prüfen bleibt, ob der zuviel bezahlte Ferienlohn zurückgefordert werden kann.

Das Obligationenrecht sieht nur bei Schwarzarbeit die Möglichkeit der Rückforderung des Ferienlohnes vor. Sonst enthält es keine besondere Rückforderungsbestimmung. Es verbietet die Rückforderung anderseits auch nicht ausdrücklich. Demgegenüber sah das Feriengesetz von Basel-Stadt* für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis 14
durch den Arbeitnehmer - nicht auch durch den Arbeitgeber - aufgelöst wurde, die Rückerstattung des Entgelts für zuviel bezogene Ferien ausdrücklich vor. Im Bereich des Arbeitszeitgesetzes ist die Rückforderung ausgeschlossen, sofern der Arbeitnehmer nicht aus eigenem Verschulden aus dem Arbeitsverhältnis ausschied*. Eben- 15
so nach dem Bundesurlaubsgesetz Deutschlands*. 16

Der im Gesetz fehlende Rückforderungstitel lässt sich nicht, wie dies etwa versucht wird*, durch Auslegung der Ferienvorschriften 17
oder aus der Entgeltsnatur des Anspruchs konstruieren. Allein die Tatsache, dass der Arbeitnehmer nicht erworbene Ferien erhalten hat, liefert nicht schon den Rückerstattungsanspruch. Dass die Rückerstattung der Billigkeit oder gar dem Rechtsempfinden der Arbeitnehmerschaft entspreche*, macht noch keinen Anspruch aus. Der 18
Bereicherungsanspruch gemäss Artikel 62 ff OR hilft nicht weiter, da der Arbeitnehmer materiell nicht bereichert ist. Hätte er die Ferien nicht bezogen, so wäre anstelle des Ferienlohns der ordentliche Arbeitslohn getreten. Der Vorteil des Arbeitnehmers, nicht gearbeitet haben zu müssen, ist rein ideeller Natur. Er kann daher nicht wie eine noch vorhandene geldwerte Bereicherung zurückverlangt werden*. Grundsätzlich hat der Arbeitgeber daher keine For- 19
derung auf Rückerstattung des zuviel bezahlten Ferienlohnes mehr, die er mit der letzten Lohnzahlung verrechnen könnte*. Die Rück- 20
forderung kann nicht einfach aus dem Umstand hergeleitet werden, dass der Arbeitnehmer vertragswidrig das Arbeitsverhältnis verlassen hat*. 21

---

14 §16 Abs. 2; 15 vgl. Art. 22 Abs. 3 ArbZV

16 §5 Abs. 3, was zum Teil allerdings durch die in Deutschland vorherrschende Fürsorgetheorie erklärt werden muss.

17 SMOLENSKY S. 69, DRESSLER S. 3, RENGGLI S. 55, STREIFF S. 85, 88, von BUEREN S. 161, SCHENK S. 72

18 So Gewerbegericht der Stadt Bern, Urteil Nr. 407 vom 23. Dezember 1968

19 vgl. HUECK-NIPPERDEY S. 411, einzig wenn der Ferienlohn irrtümlicherweise zu hoch berechnet wurde.

20 vgl. SCHWEINGRUBER S. 173; WEBER (S. 117) weist daraufhin, dass der Arbeitnehmer sonst ständig mit der Rückgabe rechnen

7.2 Rückforderung aufgrund von Vereinbarung

Trotzdem schützte die Gerichtspraxis verschiedentlich Rückforderungen wegen zuviel gewährter Ferien. Sie behalf sich mit der Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung der Parteien auf Rückgewährung des Ferienlohnes für den Fall der Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor vollständigem Erwerb des Anspruchs*. Der Ar- 22
beitnehmer könne den Bezug vor vollständigem Erwerb ablehnen. Nehme er den vorzeitigen Bezug aber an, so tue er dies unter der selbstverständlichen stillschweigenden Bedingung, dass er den Vorbezug noch abverdienen oder bei Auflösung vor vollständigem Erwerb den auf die zuviel bezogenen Ferien entfallenden Lohn zurückerstatten werde.

Das Gesetz verbietet den Parteien nicht, die Rückerstattung zuviel bezogener Ferien zu vereinbaren. Die Privatautonomie der Parteien ist in diesem Punkte unangetastet. Entsprechende Klauseln können in Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsverträge aufgenommen werden*. In diesen Fällen bildet der Vertrag den Rückforderungstitel, 23
so dass keine Zweifel am Anspruch des Arbeitgebers bestehen. Die Rückforderung kann auch nur für den Fall vorgesehen werden, dass der Arbeitnehmer nach dem Vorbezug das Arbeitsverhältnis vorzeitig auflöst*. Diese Vereinbarung ist angemessener als eine allgemei- 24
ne Rückerstattungsklausel. Müsste der Arbeitnehmer den zuviel bezogenen Ferienlohn selbst dann zurückerstatten, wenn das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber - allenfalls sogar vertragswidrig - aufgelöst wird, so wäre er für sein Einverständnis mit dem Vorbezug schlecht belohnt. Er kann allerdings gelegentlich ein Interesse an einem Vorbezug haben, wobei dem Arbeitgeber angesichts des weiten Zuweisungszeitraumes eine Ansetzung der Ferien vor vollständigem Erwerb nur gegen gewisse Garantien zuzumuten ist.

Da der Arbeitnehmer einerseits an vorzeitiger Ansetzung interessiert sein und anderseits gegen seinen Willen nicht zum Vorbezug verhalten werden kann, da er überdies beim Vorbezug unter Kenntnis der Rückerstattungspflicht weiss, dass er sich in Schuld begibt, und ihm rechtlich trotzdem die ordentlichen Möglichkeiten der Vertragsauflösung

---

und einen Teil des Feriengeldes zurücklegen müsste, wodurch der Zweck vereitelt würde; TSCHUDI (Probleme des Ferienrechts, GewRS 1949, Gesetz und Recht S. 20) verweist auf die Einheit des Ferienanspruchs, wonach die Trennung der Leistungen Freizeit und Lohn nur bei Unmöglichkeit der einen Leistung erfolge; wegen der Einheit schloss auch das Gewerbegericht Bern im Urteil vom 11. Juni 1957 (ARV 1958 S. 106 ff) grundsätzlich auf Nichtbestehen
21 eines Rückforderungsrechtes.
Gegenteiliger Meinung: Gewerbegericht der Stadt Bern, Urteil
22 Nr. 210 vom 5. August 1969
vgl. Gewerbegericht der Stadt Bern, Urteile vom 11. Juni 1957, 23. Dezember 1968, 5. August 1969; Gewerbegericht Zürich, Urteil vom 12. Dezember 1967 (BlZR 1969 Nr. 86); CANNERSCHOOP N. 6 zu Art. 64 ArbG; STREIFF S. 88, 92.

offenstehen, kann in den Rückerstattungsvereinbarungen kein Verstoss gegen die zwingende Vorschrift gleicher Kündigungsfristen erblickt werden*. Ein Verstoss gegen die Kündigungsbestimmungen läge nur vor, wenn sich der Arbeitnehmer verpflichten müsste, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Dauer der zuviel bezogenen Ferien unentgeltlich nachzuarbeiten*. 25 26

Eine Rückerstattungsvereinbarung kann allgemein oder für jeden Einzelfall der Vorgewährung besonders getroffen werden. Wie jede Vereinbarung kann sie formlos, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Bei stillschweigenden Rückerstattungsklauseln ist jeweils genau zu prüfen, ob die Rückerstattungspflicht für jeden Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder nur für die vom Arbeitnehmer verschuldete oder verursachte begründet wird*. Dem Arbeitgeber, der sich die Rückerstattung vorbehalten will, ist genaue - aus Beweisgründen schriftliche - Formulierung zu empfehlen, da nach der Unklarheitsregel zweideutige Vorbehalte gegen ihn als deren Verfasser auszulegen wären. 27

8. Fälligkeit des Ferienlohnes

Die Einheit des Ferienanspruchs zwingt nicht zum Schluss, dass Freizeit und Lohnzahlung zum selben Zeitpunkt fällig werden. Die Fälligkeit einzelner Teilleistungen aus demselben Gesamtanspruch kann ohne weiteres zu verschiedenen Zeiten eintreten*. Trotzdem wurde verschiedentlich aus der Einheit des Anspruchs Fälligkeit des Ferienlohns auf den Ferienbeginn hergeleitet. Auch mit dem Ferienzweck wurde Vorauszahlung zu begründen versucht*. In diesem Sinne schreibt das Bundesurlaubsgesetz Deutschlands* Zahlung des Ferienlohns vor Ferienantritt vor. Auch das frühere kantonale 28 29 30

---

23 vgl. z. B. Art. 28 GAV Schreinergewerbe, wonach zuviel bezogene Ferienentschädigung Lohnvorschuss darstelle, oder Art. 21.4 GAV Spengler- und Installationsgewerbe, wonach zuviel bezogene Ferien am letzten Lohnguthaben abziehbar sind.

24 vgl. Art. 43 Abs. 2 Friedensabkommen Maschinenindustrie

25 vgl. Art. 336 Abs. 2 OR. SMOLENSKY S. 70 f und WEBER S. 118 nehmen an, dass die Rückerstattungspflicht dem Arbeitnehmer einseitig die Kündigungsmöglichkeit erschwere, da er wegen des Lohnausfalls nicht kündigen könne, bevor er die Ferien vollumfänglich nacherworben habe.

26 Fragwürdig daher SCHENK S. 72, der die Möglichkeit von Arbeitsnachleistung bejaht.

27 BAERLOCHER (S. 110 ff) gibt unklaren Rückforderungsklauseln nur die Wirkung eines Risikoausgleichs, so dass die Parteien nur für die von ihnen zu vertretenden vorzeitigen Beendigungen einzustehen hätten. Vgl. auch Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 12. Dezember 1967 (BlZR 1969 Nr. 86).

28 vgl. auch BAERLOCHER S. 127 f, wonach die Theorie von der Einheit des Ferienanspruchs nur Aussage über den Bestand, nicht auch über Fälligkeit und Inhalt mache.

Recht verpflichtete den Arbeitgeber fast ausnahmslos zur Vorauszahlung bei Ferienbeginn*. Das Basler Feriengesetz sah demgegenüber Auszahlung des Ferienlohnes am ersten Arbeitstag nach den Ferien vor, während die Verpflegungsentschädigung vor deren Beginn auszurichten war. 31

Heute wird vorwiegend Fälligkeit auf den üblichen Zahltag angenommen*. Das Obligationenrecht spricht einzig davon, dass für die Ferien der gesamte darauf entfallende Lohn zu bezahlen sei. Es behandelt den Ferienlohn nicht anders als den Arbeitslohn. Hinsichtlich Privilegien, Fälligkeit, Verzicht und Verjährung gelten die gleichen Grundsätze wie für die ordentliche Lohnzahlung*. Der auf die Ferien entfallende Lohn ist daher Ende des Monats auszurichten, sofern nicht kürzere Fristen oder andere Termine verabredet oder üblich sind und nicht Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag etwas anderes bestimmen*. 32 33 34

Mangels anderer Abrede oder Uebung hat die Auszahlung innerhalb der Arbeitszeit zu erfolgen*. Während der Ferien dürfte daher wohl nur bei bargeldloser Auszahlung Erfüllung möglich sein. Falls der Arbeitnehmer den Lohn für die Finanzierung der Ferien braucht, könnte der Arbeitgeber Vorauszahlung kaum verweigern. Der Arbeitnehmer hätte die Möglichkeit, Vorschuss zu verlangen. Die vorausgesetzte Notlage entsteht namentlich, wenn der ordentliche Lohn kurz nach Antritt der Ferien fällig wird und der Arbeitnehmer für den Rest der Ferien über keine Mittel mehr verfügt. Soweit die Ferien erworben sind, ist es auch der entsprechende Lohn. Dem Arbeitgeber kann angesichts der Erholungsinteressen des Arbeitnehmers die Gewährung des Vorschusses billigerweise zugemutet werden*. 35 36

Da die Fälligkeit von Freizeit und Lohnzahlung nicht zusammenfallen muss, kann der Arbeitgeber den erworbenen Ferienlohn auch anteilsmässig mit jedem einzelnen ordentlichen Zahltag entrichten. Diese Auszahlungsweise ist für Arbeitnehmer, die jede Lohnzahlung restlos verbrauchen, gefährlich. Ohne Rücklage des Ferienlohns stehen die Arbeitnehmer bei Eintritt der Ferien einkommenslos da. Dennoch hat sie sich besonders bei Arbeitsverhältnissen mit unregelmässiger Arbeitsleistung - temporärer Arbeit, Akkordlohn, Gelegenheitsarbeit und dergleichen - beachtlich verbreitet. Zur rechtlichen Zulässigkeit erklärte das Gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt in einer Stellungnahme zu Artikel 341 bis Abs. 4 OR*: "Die Regelung... schliesst unseres Erachtens die Entrichtung des Feriengeldes in periodischen Teilbeträgen wohl nicht aus, sofern solche Teilzahlungen unter der betreffenden Bezeichnung sowie rechnerisch getrennt 37

---

29 WEBER S. 103. Nutzbringende Verwendung der Ferien sei nur bei Vorauszahlung des Feriengeldes möglich. Dieses will jedoch nur ermöglichen, dass der Arbeitnehmer seinen ordentlichen Verpflichtungen nachleben kann.

30 § 11 Abs. 2; 31 H. THALMANN-ANTENEN S. 212

32 z. B. TSCHUDI S. 186 f, BAERLOCHER S. 127 f

33 OSER-SCHOENENBERGER N. 7 zu Art. 341 OR

34 Art. 323 Abs. 1 OR

35 Art. 323 b Abs. 1 OR

vom ordentlichen Lohn geleistet werden und daneben die vorgeschriebene Gewährung der Ferien (als arbeitsfreie Zeit) eingehalten wird. Die Unzulässigkeit der laufenden Auszahlung der Ferienvergütung ergibt sich jedenfalls nicht aus dem Wortlaut des die Ferienentschädigung festlegenden Absatzes 4 oder der übrigen Ferienbestimmungen des Artikels 341 bis und dürfte sich im weiteren auch aus der Auslegung der geltenden gesetzlichen Ferienregelung nicht zwingend herleiten lassen. Zwar ist nicht zu verkennen, dass bei fortlaufender Entrichtung des Feriengeldes vermehrt zu erwarten ist, dieses könnte vom Arbeitnehmer anderweitig als zur Finanzierung des Ferienbezuges verwendet werden; indessen reicht dieser Umstand wohl nicht aus, um die - wenn auch wenig befriedigende - periodische Bezahlung als gesetzwidrig und damit unzulässig zu betrachten." Den Arbeitgeber trifft die Beweislast für die vollumfängliche Ausrichtung des Ferienlohns*. 38

Keine Probleme stellt die Fälligkeit der Ferienvergütung, die dem nicht ununterbrochen im Dienste des Arbeitgebers stehenden Heimarbeiter zu entrichten ist. Das Gesetz schreibt hier Auszahlung im Juli jeden Jahres vor*, so dass die Vergütung jeweils spätestens 39
am 31. Juli fällig wird*. 40

---

36 vgl. Art. 323 Abs. 4 OR. Die Möglichkeit, Vorschuss zu verlangen, wird auch von TSCHUDI (S. 186 f) sowie H. THALMANN-ANTENEN (S. 212) angenommen.

37 BJM 1970 S. 215 ff (Art. 341 bis Abs. 4 = Art. 329 d Abs. 1 OR)

38 vgl. Urteil Nr. 21 vom 27. Januar 1966 des Gewerbegerichts der Stadt Bern sowie Urteil vom 11. Dezember 1972 des Gewerbegerichts Zürich, das sogar auf Usanzen verweist, wonach Ferienentschädigungen im Lohne inbegriffen sind. Ferner Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 11. Juli 1952 (SJZ 1955 S. 228 f oder ARV 1953 S. 133) sowie CANNER-SCHOOP N. 12 zu Art. 64 ArbG. BAERLOCHER schliesst dagegen grundsätzlich auf Unzulässigkeit der ratenweisen Vorauszahlung und erfordert ausdrückliches Einverständnis des Arbeitnehmers (S. 126).

39 Art. 353 c Abs. 2 OR

40 vgl. STREIFF S. 209

6. Kapitel: Untergang, Schutz und Durchsetzung der Ansprüche

I. Untergang

1. Erfüllung

Wie jede Forderung gehen auch die Ansprüche auf Freizeit und Ferien durch vertragsgemässe Erfüllung unter. Handelt es sich um bezahlte Freistellung, so sind beide Leistungen, Freizeit und Lohnzahlung, ordnungsgemäss zu erbringen. Kann bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses die geschuldete Freizeit nicht mehr eingeräumt werden, so genügt mitunter die Bezahlung des darauf entfallenden Lohns zur gehörigen Erfüllung*. Mit der zusätzlichen Lohnzahlung kann sich der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Freizeit entsprechenden Umfanges finanzieren. [1]

2. Verjährung

Als Forderungen des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis verjähren die Ansprüche auf Freizeit und Ferien mit Ablauf von fünf Jahren*. Diese gesetzliche Verjährungsfrist kann nicht vertraglich [2] abgeändert werden*. Sie beginnt mit Eintritt der Fälligkeit, im Son- [3] derfall des Arbeitsverhältnisses mit Hausgemeinschaft nach deren Auflösung*. [4]

Die Ansprüche werden spätestens mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig*, so dass sie längstens fünf Jahre nach dessen [5] Ende verjährt sind. Die Fälligkeit tritt indessen meist früher ein. Wo der Erfüllungszeitpunkt feststeht, beginnt die Verjährungsfrist mit diesem. Schwieriger ist es, wo die Fälligkeit von der Einräumung der Freizeit durch den Arbeitgeber abhängig ist. Hat er sein Ansetzungsrecht ausgeübt, so besteht über die Fälligkeit Klarheit. Unterlässt er die Ansetzung jedoch, so ist der Eintritt der Fälligkeit nur gewiss, wenn für die Einräumung der Freizeit eine bestimmte Erfüllungsfrist zur Verfügung steht. Der Anspruch wird dann am letztmöglichen Zeitpunkt gehöriger Erfüllung - dieser liegt um die

---

[1] vgl. 5. Kapitel B I 2. hievor; [2] Art. 128 Ziff. 3 OR, vgl. auch
[3] Art. 341 Abs. 2 OR
[4] Art. 129 OR
[5] Art. 130 und 134 Abs. 1 Ziff. 4 OR
Art. 339 Abs. 1 OR

Dauer der zu gewährenden Freizeit vor dem Ende der Erfüllungsfrist - fällig*. Sofern keine Erfüllungsfrist* vorgesehen ist, der Arbeitgeber aber die Fälligkeit durch Unterlassung der Ansetzung rechtswidrig nicht herbeiführt, setzt die Verjährung mit dem Zeitpunkt ein, auf den der Arbeitnehmer frühestens gerichtliche Ansetzung verlangen oder die Freizeit ohne Vertragsverletzung selbständig nehmen könnte. Da dem Arbeitgeber ein gewisser zeitlicher Spielraum zur Verfügung stehen muss, um die Betriebsinteressen wahrnehmen zu können, lässt sich nicht allgemein gültig festlegen, wie lange nach der Entstehung der Anspruch selbständig fällig wird. Die Verhältnisse des Einzelfalles, namentlich die Zumutbarkeit der Ansetzung und die Dringlichkeit des Anspruchs, geben den Ausschlag. Will der Arbeitnehmer sicher gehen, so macht er den Anspruch spätestens fünf Jahre nach der Entstehung in einer die Verjährung unterbrechenden Form geltend. 6/7

Hinsichtlich Unterbrechung der Verjährung, Fristenlauf und Stillstand gelten die allgemeinen Vorschriften*. Ohne Einfluss auf Beginn, Dauer, Hinderung und Unterbrechung der Verjährungsfrist ist die zwingende Vorschrift der Unverzichtbarkeit unabdingbarer gesetzlicher oder gesamtarbeitsvertraglicher Ansprüche*. Die Unbeachtlichkeit eines Verzichts des Arbeitnehmers auf solche Ansprüche während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats danach ist nur im Rahmen der ordentlichen Verjährungsbestimmungen von Bedeutung. Die Verjährung heilt den an sich unzulässigen Verzicht*. 8 9 10

Verzicht

Untergang durch Erlassvertrag

Grundsätzlich ist auch hinsichtlich der Ansprüche auf Freizeit und Ferien ein Untergang durch Uebereinkunft denkbar (Erlassvertrag, Artikel 115 OR). Der Anwendungsbereich vertraglichen Verzichts wird jedoch stark eingeschränkt durch die zwingenden gesetzlichen und gesamtarbeitsvertraglichen Mindestvorschriften. Soweit sich aus Gesetz oder Gesamtarbeitsvertrag unabdingbare Ansprüche ergeben, ist ein Verzicht des Arbeitnehmers während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats danach nicht möglich*. Auf weitergehende vertragliche Ansprüche kann der Arbeitnehmer jederzeit verzichten. 11

---

6 vgl. zum Ferienanspruch 5. Kapitel C II 5. hievor, TSCHUDI S. 204, H. THALMANN-ANTENEN S. 208 ff, ARV 1971 S. 68. BAERLOCHER (S. 129) vertritt demgegenüber die Ansicht, der Ferienanspruch verwirke bei Nichtbezug innert der Ferienperiode, so dass Verjährung nur dort möglich sei, wo der Arbeitnehmer wohl Freizeit bezogen, aber keinen Lohn erhalten habe.

7 z.B. Art. 329 Abs. 3 OR

Unverzichtbar bis einen Monat nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist namentlich das gesetzliche Ferienminimum von zwei bzw. drei oder bei Minderjährigen gegebenenfalls vier Wochen*, 12
sowie der Anspruch auf den wöchentlichen Ruhetag*. Zum unverzichtbaren zwingenden Gesetzesrecht gehören auch die sich aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Bundes (vorwiegend Arbeitsgesetz und Arbeitszeitgesetz) und der Kantone (Sonn- und Feiertagsgesetzgebung, polizeiliche Schliessungsvorschriften usw.) über die Arbeit und Berufsbildung ergebenden zivilrechtlichen Ansprüche*. So wäre beispielsweise der Verzicht auf den zusätzlichen freien Halbtag nach Arbeitsgesetz oder auf kantonale Feiertage unbeachtlich. Hinsichtlich Ansprüchen, die auf Gesamtarbeitsvertrag beruhen, beurteilt sich nach diesem selbst, ob Unabdingbarkeit und damit Unverzichtbarkeit vorliegt oder nicht. Sofern der Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt, sind sie unabdingbar*. 13 14 15

Neben den vertraglichen Mehransprüchen stehen als verzichtbare Ansprüche diejenigen auf Gewährung der üblichen freien Stunden und Tage sowie auf Freizeit zum Aufsuchen einer neuen Stelle im Vordergrund*. 16

3.2 Wirkung der Schonfrist bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Der Arbeitnehmer, der vor Ablauf der einmonatigen Schonfrist nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf einen unabdingbaren Anspruch verzichtet hat, kann darauf nicht behaftet werden, selbst wenn die Verzichterklärung schriftlich - etwa als Quittung oder beim Austritt als Saldoquittung - abgegeben worden sein sollte*. Er kann 17
trotz der Erklärung nach nochmaliger Ueberlegung und allfälliger rechtlicher Belehrung auf seinen Anspruch zurückkommen. Nach Ablauf der Schonfrist steht der Arbeitnehmer nicht mehr in einer durch das Arbeitsverhältnis begründeten Zwangslage, so dass ein später abgegebener und angenommener Verzicht verbindlich ist.

---

8 Art. 132 ff OR, vgl. namentlich Art. 134 Abs. 1 Ziff. 4
9 Art. 341 Abs. 1 OR
10 vgl. Bbl 1967 II 163
11 Art. 341 Abs. 1 OR
12 vgl. Art. 329 a OR
13 Art. 329 Abs. 1 und 2 OR
14 Art. 342 Abs. 2 in Verbindung mit 361 OR
15 Art. 357 Abs. 1 OR
16 Art. 329 Abs. 3 OR
17 SCHWEINGRUBER S. 315 f, 319 f und in GewRS 1972 S. 40 f (Das neue Arbeitsvertragsrecht)

Aus der Schonfrist wird verschiedentlich geschlossen, ein vorher erklärter Verzicht des Arbeitnehmers müsse spätestens bis zu ihrem Ende widerrufen werden, ansonst er durch nachträgliche stillschweigende Genehmigung in Rechtskraft erwachse. Das Stillschweigen des Arbeitnehmers über die Nachfrist hinaus bestätige die seinerzeit abgegebene Verzichterklärung. Der Richter dürfe jedenfalls nach Treu und Glauben ein solches Stillschweigen als endgültigen Verzicht auslegen*. Diese Auffassung lässt sich nicht 18
mit dem klaren Gesetzeswortlaut in Einklang bringen. Wenn der Arbeitnehmer nicht verzichten kann, so ist jede gegen das Verzichtsverbot verstossende Erklärung nichtig. Sie gilt als nicht abgegeben und kann nicht als unter der Bedingung nachträglicher Genehmigung ergangene Aeusserung angesehen werden. Macht der Arbeitnehmer seine Ansprüche weiterhin nicht geltend, so ist dies lediglich unter dem Gesichtspunkt der Verjährung zu werten*. 19

Unzulässig ist ferner, aus dem Verzichtsverbot und der Nachfrist durch Umkehrschluss ableiten zu wollen, dass die Ansprüche innerhalb eines Monats seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werden müssen, da sie sonst verwirkten*. Denn die Vor- 20
schrift soll dem Arbeitnehmer zusätzlichen Schutz gewähren. Sie will ihn keinesfalls durch Beschneidung der Verjährungsfrist schlechter stellen. Dennoch ist dem Arbeitnehmer, der auf sicher gehen will, zu empfehlen, seine Ansprüche innerhalb Monatsfrist nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses durchzusetzen.

3.3 Tatsächlicher Verzicht

Das Gesetz gewährt dem Arbeitnehmer wohl einen guten Schutz gegen die unter äusserem Druck abgegebene Verzichterklärung. Soweit jedoch eine öffentlich-rechtliche Kontrolle der Erfüllung fehlt, ist ein tatsächlicher Verzicht des Arbeitnehmers trotzdem möglich. Viele Arbeitnehmer verzichten aus einem falschen Ehrgefühl oder aus Furcht vor Prozesskosten auf die Geltendmachung an sich berechtigter Ansprüche. Wo aber kein Kläger ist, da ist kein Richter.

Der Arbeitnehmer muss sich bewusst sein, dass der gesetzliche Schutz vor ausdrücklichem oder tatsächlichem Verzicht seine Grenzen in den Verjährungsvorschriften findet*. 21

4. Verwirkung

4.1 Verwirkung im allgemeinen

Verwirkung im eigentlichen Sinn ist nur möglich bei Unterlassung einer gesetzlichen oder vertraglichen Handlungspflicht. Ausnahmsweise wird ausserdem Verwirkung gestützt auf Artikel 2 Abs. 2 ZGB

---

18 vgl. SCHWEINGRUBER S. 319 f sowie in GewRS 1972 S. 154 (Quittung, Saldoquittung, Verzicht auf gesetzlich und gesamtarbeitsvertraglich geschützte Ansprüche des Arbeitnehmers)und in Arbeitsrecht S. 44

wegen rechtsmissbräuchlicher Untätigkeit des Berechtigten - Widerspruchs zu früherer Untätigkeit, widersprüchlichen Verhaltens, venire contra factum proprium - angenommen, was aber nur zulässig ist, wenn die verspätete Geltendmachung eine unbillige Benachteiligung des Verpflichteten darstellt, die ihn bei früherem Vorgehen des Berechtigten nicht getroffen hätte (z. B. bei Generalabrechnungen und Auseinandersetzungen über einzelne Rechtsverhältnisse oder bei arglistiger Verzögerung der befristeten Rechtsausübung*. 22

4.2 Zwingende gesetzliche Ansprüche und Verwirkung

Nachdem das Gesetz gewisse Mindestfreizeitansprüche zwingend festgelegt hat, stellt sich die Frage, ob für eine Verwirkung überhaupt noch Raum bleibt. Verwirkung ist überall da mit der zwingenden Natur der Ansprüche unvereinbar, wo diese bedingungslos und zum Schutze des Arbeitnehmers aufgestellt worden sind. Nur wo der Arbeitnehmer eine gesetzliche Handlungspflicht verletzt hätte, könnte Verwirkung in Erwägung gezogen werden. Soweit lediglich zusätzliche vertragliche Pflichten verletzt worden sind, kann an eine Unterlassung des Arbeitnehmers nicht die Verwirkungsfolge geknüpft werden, da sonst der zwingende Anspruch des Arbeitnehmers zu seinen Ungunsten abgeändert würde.

Gesetzliche Pflichten hinsichtlich Freizeitbezug bestehen für den Arbeitnehmer grundsätzlich nicht. Ausnahme bildet das Verbot der Schwarzarbeit während der Ferien, an das der Gesetzgeber ausdrücklich die Verwirkungsfolge geknüpft hat. Vielmehr wird dem Arbeitgeber verschiedentlich die Pflicht auferlegt, die Freizeit "zu gewähren". Vernachlässigt er diese Pflicht, so darf dadurch nicht der Arbeitnehmer auf dem Wege einer Verwirkungskonstruktion benachteiligt werden.

Die Vereinbarung bestimmter Bezugspflichten oder anderer Verpflichtungen des Arbeitnehmers mit der Folge des Anspruchsverlustes bei Nichtbeachtung ist nur hinsichtlich vertraglicher Ansprüche möglich, die über gesetzliche Mindestvorschriften hinausgehen. Beim Ferienanspruch dürften entsprechende Voraussetzungen in Normal- oder Gesamtarbeitsverträgen unter dem Vorbehalt der Gleichwertigkeit im ganzen in bezug auf den ganzen Anspruch zulässig sein*. 23

---

19 In diesem Sinne Urteil des Appellationsgerichtes Basel-Stadt vom 10. Dezember 1965 (GewRS, Gesetz und Recht S. 8)

20 In diesem Sinne Urteil des Gewerbegerichts der Stadt Bern vom 9. April 1963 (ARV 1964 S. 25 ff) zu einer Art. 341 Abs. 1 OR entsprechenden gesamtarbeitsvertraglichen Norm.

21 vgl. Ziff. 2 hievor

22 vgl. GUHL/MERZ/KUMMER S. 276 f

23 Art. 329 e OR, vgl. SCHWEINGRUBER S. 177

4.3 Verwirkung durch Vertragsbruch

Die kantonalen Feriengesetze liessen die Ferien wegfallen, wenn der Arbeitnehmer vertragswidrig aus dem Arbeitsverhältnis austrat oder ihn der Arbeitgeber aus wichtigem Grund fristlos entliess. Die Gewährung der Ferien wurde unter diesen Umständen als dem Arbeitgeber unzumutbar erachtet. Dass sich entsprechende Verwirkungsklauseln - abgesehen von solchen in normal- oder gesamtarbeitsvertraglichen Ordnungen im Sinne von Artikel 329 e OR - nicht mit dem Obligationenrecht vertragen, wurde dargelegt*. [24] Da das Gesetz die Folgen von Vertragsbruch zwingend vorschreibt, sind neben den gesetzlich vorgesehenen nicht noch weitere Sanktionen zulässig. Wie die Ferien kann der Arbeitgeber deshalb auch andere Freizeitansprüche nicht wegen Vertragsbruchs des Arbeitnehmers verweigern, sondern nur dessen finanzielle Ansprüche mit seiner Schadenersatzforderung verrechnen. Abweichende vertragliche Bestimmungen sind nur zulässig, soweit sie nicht zwingende Freizeitansprüche betreffen.

4.4 Verwirkung durch verzögerte Rechtsausübung

Namentlich bei Ferienansprüchen und Forderungen infolge Ueberzeitarbeit wurde öfters Verwirkung angenommen, wenn der Arbeitnehmer mit der Geltendmachung zu lange zuwartete. Falls beispielsweise die Ferien nicht in der vorgesehenen Periode gewährt wurden, erachtete man sie verschiedentlich als verwirkt*. Zum Teil setzte [25] man jedoch voraus, dass der Arbeitgeber die Gelegenheit zum Bezug angeboten und der Arbeitnehmer diese nicht benützt hatte*. In Ueber-[26] einstimmung mit dem Wortlaut des Obligationenrechts wurde erkannt, dass es nicht Sache des Arbeitnehmers ist, den Arbeitgeber zur Einräumung der Ferien zu veranlassen, sondern dieser vielmehr die eindeutige Obliegenheit habe, die Ferien einzuräumen*. Bei Ueber- [27] stundenforderungen nahm die Gerichtspraxis dagegen sehr rasch Verwirkung an. Dem Arbeitnehmer wurde im Rahmen von Treu und Glauben zugemutet, die Ansprüche innert zwei bis drei 14-tägigen Lohnperioden geltend zu machen*. [28]

---

24 vgl. 5. Kapitel A III 2.2 hievor

25 vgl. OSER-SCHOENENBERGER N. 5 vor Art. 114 OR, SCHENK S. 160: "Nicht fristgemäss bezogene Ferien verfallen, wobei kein Anspruch auf eine Geldentschädigung entsteht."

26 vgl. BlZR 1958 Nr. 31, H. THALMANN-ANTENEN S. 213 sowie Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 8. Februar 1955 (ARV 1958 S. 56), wonach Nichtbezug der Ferien über drei Jahre hinweg und Geltendmachung der entsprechenden Entschädigung nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses nicht Treu und Glauben widerspreche, wenn der Arbeitgeber nie eine Ferienofferte machte, sondern nur wenn der Arbeitnehmer trotz Bereitschaft des Arbeitgebers immer wieder und ohne Grund auf den Bezug verzichtet hätte.

27 Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 25. Mai 1967

Das Bundesgericht lässt die Anspruchsverwirkung wegen rechtsmissbräuchlicher Verzögerung der gerichtlichen Geltendmachung nur mit grosser Zurückhaltung zu. Insbesondere bei vertraglichen Ansprüchen rechtfertige der blosse Zeitablauf für sich allein den Schluss auf das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs noch nicht. Das Gesetz sehe für die Geltendmachung vertraglicher Forderungen die Verjährungsfrist vor. Innerhalb dieser Frist stehe es dem Gläubiger frei, in welchem Zeitpunkt er seinen Anspruch geltend machen wolle. Damit das Rechtsinstitut der Verjährung nicht weitgehend ausgehöhlt werde, müssten zum Zeitablauf noch weitere Umstände hinzutreten, beispielsweise ein Handeln, das mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in unvereinbarem Widerspruch stehe. Bei Forderungen könne eine Verwirkung wegen widersprüchlicher Rechtsausübung jedoch nur in Frage kommen, wenn aus der Untätigkeit des Gläubigers auf dessen Verzicht zu schliessen sei. In diesem Sinne wurde das Zuwarten eines Gläubigers mit der Geltendmachung einer Forderung als nicht rechtsmissbräuchlich gewertet, weil er befürchtete, strafrechtlich wegen Devisenvergehen und Steuerhinterziehung belangt zu werden*. 29

Das Obligationenrecht kennt die Verwirkung von Freizeitansprüchen infolge verspäteter Geltendmachung nicht. Im Gegenteil darf aus der Verzichtsordnung geschlossen werden, dass eine Verwirkung dem Sinn des Gesetzes widerspricht. Sofern ein ausdrücklicher endgültiger Verzicht des Arbeitnehmers unbeachtlich und ohne Einfluss auf seine Forderung ist, muss es auch ein solcher auf sofortige Geltendmachung sein*. Grenze des gesetzlichen Schutzes vor ausdrücklichem oder tatsächlichem Verzicht ist die fünfjährige Verjährungsfrist. Auch ohne die Verzichtsvorschrift müsste entsprechend den bundesgerichtlichen Ueberlegungen eine Verwirkung infolge Untätigkeit des Arbeitnehmers abgelehnt werden. Dies umso mehr, als die Verjährungsfrist nur fünf und nicht zehn Jahre beträgt, die Furcht vor dem Stellenverlust beachtenswerter ist als diejenige vor strafrechtlichen Sanktionen wegen Devisenvergehen und Steuerhinterziehung und zudem die Forderungen nicht einen Umfang erreichen können, der einen infolge verzögerter Geltendmachung erworbenen Besitzstand des Arbeitgebers gefährdete*. 30 31

---

28 vgl. Urteil des Gewerbegerichts der Stadt Bern vom 23. September 1963 (SJZ 1964 S. 365)

29 BGE 94 II 41 ff unter Verweis auf 79 II 313 und MERZ N. 522 zu Art. 2 ZGB, wonach die Aushöhlung der Verjährungsregelung abzulehnen sei, soweit nicht ein rechtsgeschäftlich fassbarer Verzicht vorliege oder auf einen kraft der Verzögerung erworbenen Besitzstand Rücksicht genommen werden müsse.

30 vgl. SCHWEINGRUBER S. 177, der allerdings trotzdem bei jahrelang aufgeschobenen Ansprüchen die Einrede des Verhaltens gegen Treu und Glauben vorbehält.

Ueberall da, wo der Arbeitgeber die Freizeit zu "gewähren" oder "einzuräumen" hat, kann er sich im übrigen wohl kaum auf rechtsmissbräuchliche Untätigkeit des Arbeitnehmers berufen. Vielmehr ist er selbst untätig geblieben, indem er den Arbeitnehmer nicht zum notwendigen Bezug verhalten hat. Wo der Arbeitgeber den Arbeitnehmer jedoch lediglich zu ganz bestimmten Zwecken von der Arbeitspflicht entbinden muss, ohne dass ein fester Anspruch auf Arbeitsfreiung unabhängig vom Verwendungszweck besteht, genügt er seinen Pflichten, wenn er dem Arbeitnehmer die Abwesenheit erlaubt. Der Anspruch entsteht hier nur unter der Bedingung, dass der Arbeitnehmer die Freizeit zweckentsprechend verwendet. Mit Wegfall des Freizeitzwecks entfällt auch der Anspruch. So kann beispielsweise Freizeit zur Stellensuche, zum Besuch des Gottesdienstes oder im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Niederkunft nur beansprucht werden, sofern und soweit sie durch diese Zwecke notwendig wird. Wegen der Zweckbedingtheit muss in solchen Fällen bei nachträglicher Geltendmachung nicht zum Rechtsmissbrauch Zuflucht genommen werden, da wegen Nichteintritt der Bedingung gar kein Anspruch entstanden ist.

5. Verrechnung

Die Ansprüche auf Freizeit oder Ferien können nicht durch Verrechnung untergehen, da nur Geldsummen oder andere gleichartige Leistungen verrechenbar sind*. Der Arbeitnehmer kann dem 32
Arbeitgeber nie Freizeit oder Ferien schulden, so dass den Ansprüchen auf seiten des Arbeitnehmers keine gleichartige Leistung gegenübersteht.

Da nach herrschender Meinung der auf Freizeit und Ferien entfallende Lohn in jeder Hinsicht dem ordentlichen Arbeitslohn gleichgestellt ist, kann der Arbeitgeber hingegen die Lohnforderung nach den allgemeinen Grundsätzen zur Verrechnung mit allfälligen Gegenforderungen heranziehen. Er ist an die Schranke der Pfändbarkeit gebunden, sofern nicht Forderungen für absichtlich zugefügten Schaden verrechnet werden*. 33

---

31 In diesem Sinne erklärte das Gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt durch Urteil vom 13. September 1962 (BJM 1964 S. 233) die Klausel in einem Ferienreglement unzulässig, wonach für die während der Anstellungszeit nicht beanspruchten Ferien keine Vergütung geschuldet werde. Vgl. auch Urteile des Gewerbegerichts Zürich vom 6. März 1941 (BlZR 1942 Nr. 1a), wonach Verwirkung der Ersatzruhe für Sonntagsarbeit ausgeschlossen ist, und vom 10. Januar 1963 (ARV 1966. S. 42), wo hinsichtlich Ueberstundenansprüche auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Verwirkungsfrage verweisen wurde. Nach der Botschaft 1967 (S. 163) kann demgegenüber nicht allgemein entschieden werden, ob eine verzögerte Rechtsausübung als Verzicht zu betrachten ist

6. Neuerung

Soweit der Arbeitnehmer zwingende gesetzliche oder gesamtarbeitsvertragliche Freizeitansprüche hat, kann er während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht über sie verfügen*. Er kann somit nicht auf fest entstandene Ansprüche zugunsten eines neu zu begründenden vertraglichen Anspruchs verzichten. Insoweit ist der Untergang durch Neuerung unmöglich. 34

Bei unklaren Rechtsverhältnissen besteht aber gelegentlich der Wunsch nach Klarstellung des Umfangs der Ansprüche. So erscheint besonders bei Arbeitsverhältnissen mit gleitender Arbeitszeit oder bei häufiger Leistung von Ueberstundenarbeit eine periodische Ueberprüfung und Abrechnung der Freizeitansprüche notwendig. Spätere Auseinandersetzungen können vermieden werden, wenn monatlich einmal über die noch bestehenden Ansprüche abgerechnet und auf Ende jeden Jahres auch das verbleibende Ferienguthaben nachgetragen wird. Der Arbeitgeber kann sich die Richtigkeit der Uebertäge etwa wie folgt bescheinigen lassen*: "Der Unterzeichnete anerkennt hiermit, per 31.12.1975 folgende ins neue Jahr zu übertragende Freizeit- und Ferienansprüche zu besitzen: 35

- Ferien: 3 Tage
- Ueberstunden: 10 Stunden
- Heiratsurlaub: 2 Tage
- unbezahlter Urlaub: 4 Tage."

Derartige Uebertragserklärungen lassen die bisherigen Ansprüche rechtlich nicht untergehen, fallen also nicht unter den Begriff der Neuerung. Sie bilden jedoch ein kräftiges Beweismittel, das der Richter nur bei Vorliegen handfester Gegenbeweise übergehen wird.

---

oder zu einer Verwirkung von Ansprüchen führt. Die Frage sei im Einzelfall nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, vor allem nach Art. 2 ZGB zu verurteilen.

32 Art. 120 Abs. 1 OR, vgl. TSCHUDI S. 207

33 Art. 323 b Abs. 2 OR. Näheres vgl. SCHWEINGRUBER S. 98 ff

34 Art. 341 Abs. 1 OR

35 In ähnlichem Sinne Empfehlung in SAGZ 1974, S. 833 f

II. Schutz der Ansprüche

1. Im allgemeinen

Als wichtigste Schutzvorschrift für die Ansprüche auf Freizeit und Ferien steht die zwingende Bestimmung des Obligationenrechts im Vordergrund, wonach der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung nicht auf sie verzichten darf, soweit sie unabdingbar sind*. 36

Bei einem Uebergang des Betriebes an einen Dritten oder an die Erben sind die Freizeitansprüche wie die andern Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis geschützt*. Wird das Arbeitsverhältnis nicht 37
aufgelöst, so hat der Arbeitnehmer gegenüber dem neuen Arbeitgeber die gleichen Ansprüche. Er verliert auch keine Dienstjahre und muss nicht nochmals eine Karenzfrist durchlaufen.

2. Schutz der Lohnzahlung

Der auf die Freizeit entfallende, fortzuzahlende Lohn geniesst den gleichen Schutz wie der ordentliche Arbeitslohn. Er ändert seinen Charakter nicht dadurch, dass er während der Freizeit zu zahlen ist*. Die Zweckbestimmung bleibt die gleiche, so dass er in glei- 38
cher Weise hinsichtlich Abtretung, Pfändung und Verrechnung sowie bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers geschützt ist*. Stirbt der 39
Arbeitnehmer, so geht die Lohnforderung wie jede Forderung aus dem Arbeitsverhältnis auf seine Erben über.

Dagegen nimmt die auf der Fürsorge-Theorie basierende deutsche Praxis hinsichtlich Ferienlohn strenge Zweck- und Personengebundenheit an, weshalb sie den Ferienlohn als nicht abtretbar, unpfändbar, unverrechenbar und unvererblich erachtet*. 40

Das Obligationenrecht will mit dem Ferienlohn dem Arbeitgeber nur ermöglichen, den laufenden Verpflichtungen und Bedürfnissen im gewohnten Umfange nachzukommen. Er soll während der Ferien finanziell nicht besser und nicht schlechter gestellt sein*. Namentlich 41

---

36 Art. 341 Abs. 1 OR, vgl. I 3 hievor; 37 Art. 333 und 338 a OR, vgl. auch Botschaft 1967 S. 131 sowie SCHWEINGRUBER S. 218
38 und STREIFF S. 119
NIKISCH S. 448; 39 vgl. zum Ferienlohn OSER-SCHOENENBERGER N. 7 zu Art. 341 OR, CANNER-SCHOOP N. 12 zu Art. 64 ArbG, DRESSLER (Zur Frage der Privilegierung von Ferienansprüchen im Konkurs des Arbeitgebers, GewRS 1950, Gesetz und Recht S. 13 ff), BAERLOCHER S. 128 sowie allgemein
40 SCHWEINGRUBER S. 123 ff
vgl. 5. Kapitel B I 2 hievor sowie WEBER S. 105

will das Gesetz nicht einen auswärtigen Ferienbezug gewährleisten. Der Arbeitnehmer wird nur von der Arbeit befreit, ohne dass sein ordentliches Einkommen ausbleibt. Aus dieser Zweckbestimmung wird klar, dass der verschuldete Arbeitnehmer gegen eine Pfändung des Ferienlohns nicht geltend machen kann, er bedürfe dessen zur Finanzierung seiner Ferien. Er kann sich nicht auf Kosten seiner Gläubiger auswärtige Ferien leisten. Auch wenn er gewisse Einschränkungen in den Gestaltungsmöglichkeiten in Kauf nehmen muss, kann er sich doch erholen, da ihm die Mittel zum notwendigen Lebensunterhalt weiterhin zur Verfügung stehen. Demgegenüber ist zusätzliches Feriengeld wegen seiner Zweckbestimmung höchstpersönlich*. Höchstpersönlichkeit müsste auch angenommen werden, wenn bei anderweitigen Freistellungen zusätzliche Entschädigungen ausgerichtet werden (z. B. Heiratsgeld oder Anteil an Umzugskosten bei Wohnungswechsel). 42

Wird der Ferienlohn anteilsmässig mit jedem Zahltag ausgerichtet, so ist bei der Berechnung des pfändbaren Lohnbetrages getrennt nach ordentlichem Lohn und Ferienlohnanteil vorzugehen. Es ist daran zu denken, dass der Arbeitnehmer vom Ferienlohnanteil während der Ferien leben muss.

3. Kündigungsschutz

Während der Abwesenheit infolge ausserordentlicher Freizeit oder Ferien geniesst der Arbeitnehmer keinen besonderen Kündigungsschutz. Das Obligationenrecht hat abschliessend geregelt, wegen welcher und wie langer Abwesenheiten des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber nicht gekündigt werden darf*. 43

Bei längeren Ferien oder anderen längeren Freistellungen wie z. B. während unbezahlten Urlaubs kann der Arbeitnehmer daran interessiert sein, dass ihm nicht in seiner Abwesenheit gekündigt wird. Nach seiner Rückkehr hätte er möglicherweise keine oder kaum noch Zeit mehr, eine andere Stelle zu suchen. Es sollte ihm dafür die volle Dauer der ordentlichen gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist zur Verfügung stehen. Der Gesamtarbeitsvertrag für das Gastgewerbe erklärt deshalb eine Kündigung des Arbeitgebers während der vertraglichen Ferien des Arbeitnehmers als ungültig*. 44

Es fragt sich allerdings, ob diese Erschwerung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers mit der absolut zwingenden gesetzlichen Kündigungsordnung vereinbar ist. Ein Hinweis dafür, dass der Gesetzgeber trotz

---

41 vgl. 5. Kapitel B III 2.1 hievor; 42 vgl. 5. Kapitel B III 5 hievor
43 Art. 336 e und g in Verbindung mit Art. 361 OR
44 Art. 12 Ziff. 1.3

Einordnung der Schutzbestimmungen unter die unabänderlichen Vorschriften die vertragliche Verbesserung des Kündigungsschutzes erlauben wollte, ergibt sich aus der Botschaft zur Revision des Arbeitsvertragsrechts*. Danach schliesse die Einordnung 45
" - dem Schutzgedanken der Vorschriften entsprechend - nicht aus, dass zugunsten der Vertragsparteien weitergehende Kündigungsbeschränkungen durch Abrede oder Gesamtarbeitsvertrag festgelegt werden können. So könnte zum Beispiel bestimmt werden, dass während der ganzen Dauer der Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers bzw. des Arbeitgebers wegen Krankheit oder Unfall nicht gekündigt werden darf." Die Nichtigkeit solcher verbesserter Schutzbestimmungen wäre unvereinbar mit der Möglichkeit des Abschlusses des Arbeitsvertrages auf eine feste Vertragsdauer von mehreren Jahren oder mit der Möglichkeit, trotz laufender Sperrfristen durch Aufhebungsvertrag jederzeit das Arbeitsverhältnis auflösen zu können*. Die Einordnung unter die absolut zwingenden Vor- 46
schriften ist daher im Sinne SCHWEINGRUBER's* so zu verstehen, 47
dass das Gesetz nur an Kündigungen, die in den gesetzlichen Sperrfristen ergangen sind, Nichtigkeitsfolge knüpft. Sofern lediglich innerhalb einer vertraglichen Frist gekündigt wurde, ist nach dem Sinn des Gesetzes die Kündigung wohl gültig, jedoch vertragswidrig. Der Arbeitnehmer muss aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden, kann aber Schadenersatz wegen Vertragsverletzung geltend machen*. 48
Der Nachweis des entstandenen Schadens dürfte dem Arbeitnehmer wohl verschiedene Schwierigkeiten bereiten. Unter diesen Vorbehalten können vertragliche Sperrfristen wegen freizeit- und ferienbedingter Abwesenheiten als zulässig erachtet werden.

Bei gesamtarbeitsvertraglichen Sperrfristen sind Sanktionen der Verbände möglich, was ihre Schutzwirkung beachtlich verstärkt.

III. Durchsetzung der Ansprüche

1. Möglichkeiten privatrechtlicher Durchsetzung

1.1 Grundsatz

Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich die Möglichkeit, alle seine Freizeitansprüche selbständig wahrzunehmen. Soweit sie auf öffentlich-rechtlichen Vorschriften beruhen, stellt das Obligationenrecht

---

45 Botschaft 1967 S. 142; 46 Art. 115 OR, vgl. Botschaft 1967 S. 142
47 S. 246;
48 SCHWEINGRUBER (S. 246) verweist auf Art. 337 c OR (ungerechtfertigte fristlose Entlassung).

klar, dass der Arbeitnehmer einen zivilrechtlichen Anspruch auf Erfüllung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen des Arbeitgebers hat, wenn diese Inhalt eines Einzelarbeitsvertrages sein könnten*. 49
Der Arbeitnehmer kann also alle entsprechenden Ansprüche direkt - ohne staatliche Mitwirkung - gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen.

Verweigert der Arbeitgeber die Erfüllung, so kann der Arbeitnehmer seinen zivilrechtlichen Anspruch gerichtlich durchsetzen, sofern er fällig ist. Der Arbeitnehmer muss jedoch ein Interesse an einem richterlichen Urteil haben. Soweit es sich lediglich darum handelt, einen Anspruch auf unbezahlte Freizeit durchzusetzen, erübrigt sich ein gerichtlicher Zuspruch. Der Arbeitnehmer kann ohne weiteres der Arbeit fernbleiben, solange er jedenfalls nicht wegen besonderer Umstände die Treupflicht verletzt*. Er übt lediglich ein ihm zustehendes Recht aus, so dass er keine rechtlichen Folgen wegen Verletzung des Arbeitsvertrags zu befürchten hat. 50

Das Interesse an gerichtlicher Beurteilung kann jedoch bei unklarem Umfang der Ansprüche oder hinsichtlich der Frage, ob durch den Bezug die Treupflicht verletzt wird, dennoch etwa vorliegen. In jedem Falle bedarf der Arbeitnehmer des gerichtlichen Urteils, wenn der Arbeitgeber den auf die Freizeit entfallenden geschuldeten Lohn oder allfällige Entschädigungen verweigert. Regelmässig wird der Arbeitnehmer eine Leistungsklage anstrengen müssen. Selten dürfte lediglich ein Feststellungsinteresse bestehen. Eine Gestaltungsklage wäre etwa denkbar, wenn das Gericht den Anspruch auf einen bestimmten Zeitpunkt zusprechen müsste. Doch ist dieser Fall reichlich theoretisch, da meistens die Ansprüche erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Gericht gezogen werden.

1.2 Gerichtliche Durchsetzung

Das Obligationenrecht stellt sicher, dass der Arbeitnehmer seine Ansprüche in einem einfachen Gerichtsverfahren geltend machen kann*. Es ermöglicht dem Arbeitnehmer, den Arbeitgeber nicht 51
nur am ordentlichen Gerichtsstand des Wohnsitzes, sondern auch am Ort des Betriebs oder Haushaltes zu belangen.

Bis zu einem Streitwert von Fr. 5'000.-- - Widerklageansprüche werden bei der Berechnung des Streitwerts nicht berücksichtigt, damit nicht etwa fingierte Schadenersatzansprüche die Kostenvorschüsse in die Höhe treiben und prohibitive Wirkung entfalten könnten - muss dem Arbeitnehmer ein einfaches rasches Verfahren zur Verfügung stehen. Dem Arbeitnehmer dürfen für solche Verfahren

---

49 Art. 342 Abs. 2 OR; 50 vgl. 5. Kapitel C II 5 und 6.2 hievor sowie HUECK-NIPPERDEY (S. 204), wonach der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung verweigern kann, wenn der Arbeitgeber wesentliche vertragliche Pflichten nicht erfüllt.

51 Art. 343 OR

keine Gerichtskosten verlangt werden, es sei denn, er führe den Prozess mutwillig. In diesem Fall kann ihm der Richter auch Bussen auferlegen. Das Gesetz spricht nur von Gebühren und Auslagen des Gerichts. Von Parteikosten und allenfalls Anwaltskosten des Arbeitgebers entbindet es den Arbeitnehmer nicht. Diese Kosten stellen für ihn schon bei verhältnismässig geringfügigen Streitwerten ein nicht unbeachtliches Risiko dar, worüber er sich vor jedem Prozess, namentlich bei zweifelhaften Ansprüchen, Rechenschaft geben muss.

Der Richter hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und kann die Beweise nach freiem Ermessen unabhängig von irgendwelchen kantonalen Beweisvorschriften würdigen. Anstelle der formellen tritt also das Prinzip der materiellen Wahrheit. Die Dispositionsmaxime ist nicht aufgehoben. Die gerichtliche Prüfung geht nur so weit, als der Anspruch eingeklagt und bestritten wird, und der Arbeitnehmer kann jederzeit den Abstand erklären oder auf die Einlegung von Rechtsmitteln verzichten. Der Untersuchungsgrundsatz darf nicht überbewertet werden. Die Gerichte werden angesichts ihrer ständigen Arbeitsüberlastung wohl nur ausnahmsweise Beweismittel beiziehen, die ihnen nicht von den Parteien vorgelegt oder zumindest beantragt worden sind.

Bei der gerichtlichen Geltendmachung kann sich der Arbeitnehmer nach den Prozessordnungen einiger Kantone durch Arbeitskollegen, durch die Gewerkschaft oder durch Rechtsbeistände vertreten lassen. Sofern lediglich ein Gesamtarbeitsvertrag die Vertretungsbefugnis vorsieht*, wird damit kein Vertretungsanspruch gegenüber 52
dem Gericht, sondern nur ein solcher gegenüber der Gegenpartei geschaffen. Wendet der Richter von Amtes wegen nichts gegen die Vertretung ein, so kann sie vertragsgemäss auch der Arbeitgeber nicht beanstanden.

1.3 Problematik privatrechtlicher Durchsetzung

Juristisch bietet die privatrechtliche Durchsetzung der Freizeitansprüche durch den Arbeitnehmer keine Schwierigkeiten. In Wirklichkeit wird jedoch der Arbeitnehmer oft unter dem Druck der Abhängigkeit vom Arbeitsplatz auf die Durchsetzung rechtmässiger Forderungen verzichten. Für alle Ansprüche, die erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses verwirklicht werden müssen, genügt eine rein privatrechtliche Durchsetzungsmöglichkeit vollauf (Schadenersatz, Abgangsentschädigung, usw.). Hier hat der Arbeitnehmer keine Rücksichten mehr auf das gute Verhältnis mit dem Arbeitgeber zu nehmen. Wo jedoch wie bei den Freizeitansprüchen im Interesse der Erholung und Abwechslung die Erfüllung während

52 vgl. z.B. Art. 6a Abs. 3 Friedensabkommen Maschinenindustrie: Vertretungsmöglichkeit durch Gewerkschaft oder andern Rechtsvertreter.

der Dauer des Arbeitsverhältnisses sichergestellt sein sollte, kann sich eine rein privatrechtliche Durchsetzungsordnung als ungenügend erweisen*. Wenn der Arbeitnehmer gegen den Willen 53
des Arbeitgebers seine Ansprüche durch selbständige Freistellung oder gerichtliche Klage durchsetzt, riskiert er immer den Verlust seines Arbeitsplatzes.

So wurden namentlich gegen eine rein privatrechtliche Ordnung des Ferienanspruchs Bedenken erhoben. Man befürchtete, dass ohne staatliche Kontrolle die Freizeit nicht gewährt würde, besonders weil schon vor der obligationenrechtlichen Regelung sozusagen keine Prozesse um Ferienansprüche geführt worden waren. Zudem wurde die öffentliche Kontrolle verlangt, da nicht nur persönliche Interessen des Arbeitnehmers im Spiele lägen, sondern wegen der Erhaltung der Arbeitskraft und der Volksgesundheit auch solche der Allgemeinheit*. Mittlerweile, da der Ferienanspruch 54
selbstverständlich geworden ist, haben sich die Befürchtungen grösstenteils als gegenstandslos erwiesen.

Einen wichtigen Beitrag zur freiwilligen Erfüllung der Ansprüche leistet schon die Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung. Wenn der Arbeitnehmer auch selten während des Arbeitsverhältnisses tatsächlich davon Gebrauch machen wird, so darf doch die vorbeugende Wirkung nicht unterschätzt werden. Ob in Zeiten schlechter Beschäftigung die privatrechtliche Durchsetzungsmöglichkeit genügt, wird sich zeigen.

2. Oeffentlich-rechtliche Möglichkeiten

2.1 Im allgemeinen

Der Staat kann dem Arbeitnehmer nur dann mit öffentlich-rechtlichen Zwangsmitteln zur Seite stehen, wenn der Anspruch auf öffentlichem Recht beruht. Die staatliche Einwirkungsmöglichkeit geht nur so weit, als der Anspruch durch die öffentlich-rechtliche Vorschrift gedeckt ist. Privatrechtlich erweiterte Ansprüche muss der Arbeitnehmer selbständig durchsetzen. Im Bereiche des Arbeitsgesetzes wird beispielsweise die Gewährung der wöchentlichen anderthalb freien Tage staatlich überwacht, bei vereinbarter 5-Tage-Woche muss aber der Arbeitnehmer selber den zusätzlichen halben Tag durchsetzen.

---

53 vgl. SCHWEINGRUBER, Arbeitsrecht S. 44. Die privatrechtliche Durchsetzung des wöchentlichen Ruhetages ist nach ihm tatsächlich unmöglich.

54 vgl. SCHWEINGRUBER, Arbeitsrecht S. 45 f und Stand der Feriengesetzgebung S. 32 sowie TSCHUDI (S. 52, 137, 288, 292), der das Obligatorium von Ferienverzeichnissen postulierte.

Zur Auslösung des öffentlichen Durchsetzungsverfahrens genügt eine Anzeige des Arbeitnehmers oder Dritter an die zuständige Vollzugsbehörde. Diese muss auf jede Anzeige eintreten und dann von Amtes wegen den Anspruch durchsetzen. Der Arbeitnehmer hat beim Offizialverfahren keine Repressalien des Arbeitgebers zu befürchten, selbst wenn er bei der zuständigen Behörde Anzeige erstattet. Der Arbeitgeber wird kaum herausfinden, wer das Durchsetzungsverfahren in Gang gebracht hat. Die Behörde wird gewöhnlich auf eine Anzeige hin die üblichen Kontrollen durchführen, so dass er unter Umständen überhaupt nichts von einer Anzeige erfährt.

Die öffentlich-rechtlichen Freizeitvorschriften schaffen für den Arbeitgeber eine Verpflichtung gegenüber dem Staat. Dieser muss für deren Einhaltung sorgen. Dazu stehen ihm verschiedene verwaltungsrechtliche Mittel zur Verfügung. Vorerst wird er die Handhabung der Vorschriften durch den Arbeitgeber mittels zweckmässiger Aufsicht überwachen. Er kann sich Quittungen des Arbeitnehmers vorlegen lassen, Freizeitverzeichnisse verlangen und Inspektionen im Betrieb durchführen. Bei Feststellung von Unregelmässigkeiten kann er den Arbeitgeber auffordern, seinen Pflichten nachzukommen. In der Regel wird Aufklärung genügen. Zeigt sich der Arbeitgeber jedoch uneinsichtig, so kann Zwang ausgeübt werden. Zuerst werden ihm Straffolgen oder andere Nachteile wie Entzug von Bewilligungen oder Betriebsschliessung angedroht, falls er die gerügten Missstände nicht innert angemessener Frist beseitigt. Bei Nichtvornahme folgt dann der Vollzug der angedrohten Nachteile. Der Arbeitgeber hat seinen Standpunkt im Administrativverfahren vor den Verwaltungs- oder Polizeiorganen zu vertreten, nicht wie bei zwingenden zivilrechtlichen Normen im Zivilprozess. Durch den Vollzug von Amtes wegen wird das öffentliche Interesse an der Durchsetzung dieser Vorschriften gewahrt*. 55

Verletzt der Arbeitgeber öffentlich-rechtliche Verpflichtungen, so hat der Arbeitnehmer nach verbreiteter Ansicht ein besonderes Leistungsverweigerungsrecht*. Wie er die Arbeit an einer Maschine 56
verweigern kann, die der erforderlichen Schutzvorrichtungen entbehrt, kann er auch die Arbeit während der zu seinem Schutze durch das öffentliche Recht vorgeschriebenen Ruhezeit verweigern (beispielsweise bei nicht bewilligter Ueberzeitarbeit).

2.2 Im Bereiche des Arbeitsgesetzes

Das Arbeitsgesetz gewährleistet durch verschiedene Vollzugsvorschriften dem Arbeitnehmer einen umfassenden Schutz seiner Ansprüche. Die tatsächlich geleistete Arbeitszeit - wöchentliche Ar-

---

55 vgl. Botschaft 1967 S. 164, TSCHUDI S. 124 ff
56 vgl. Botschaft 1967 S. 164, STREIFF S. 18 f

beitszeit, Ueberzeit oder Hilfsarbeit, Ruhetage - muss aus Verzeichnissen oder anderen Unterlagen ersichtlich sein. Industrielle Betriebe haben zudem den Stundenplan anzuschlagen und der kantonalen Behörde bekanntzugeben. Der Arbeitgeber muss die Verzeichnisse und Unterlagen zur Verfügung der Vollzugs- und Aufsichtsbehörden bereithalten und mindestens zwei Jahre aufbewahren*. 57

Hält der Arbeitgeber eine Arbeitszeitbewilligung nicht ein, so kann ihm die Aufhebung angedroht werden, die Bewilligung aufgehoben und die Erteilung neuer für bestimmte Zeit gesperrt werden*. Der Verwaltungszwang bei der Durchsetzung der Vorschriften von Gesetz und Verordnungen kann bis zur zeitweisen Betriebsschliessung gehen*. 58 59

Handelt der Arbeitgeber den Vorschriften des Arbeitsgesetzes oder einer Verordnung über Arbeits- oder Ruhezeit vorsätzlich zuwider, so wird er mit Busse oder in schweren Fällen mit Haft bestraft*. 59a Ist der Arbeitnehmer mit der Widerhandlung einverstanden, so entschuldigt dies den Arbeitgeber nicht. Er allein ist für die Einhaltung der Vorschriften verantwortlich. Bei einer Einwilligung kann höchstens sein Verschulden geringer erscheinen und somit eine kleinere Strafe ausgefällt werden. Das Arbeitsgesetz verzichtet auf die Bestrafung des Arbeitnehmers, wenn er Vorschriften über Arbeits- und Ruhezeit verletzt. Er könnte höchstens wegen Widerhandlung gegen amtliche Verfügungen bestraft werden, wenn ihm die Behörden für eine bestimmte Widerhandlung ausdrücklich Straffolgen angedroht hätten. Dagegen ist der Arbeitnehmer wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Missachtung der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des Arbeitszeitgesetzes oder der Chauffeurverordnung strafbar, weil dort die Verkehrssicherheit gefährdet wird*. Mit Haft oder Busse wird der Arbeitgeber bestraft, wenn ihm durch Verfügung der zuständigen kantonalen Behörde für bestimmte Widerhandlungen die Straffolgen von Artikel 292 StGB angedroht worden sind*. 60 61

2.3 Andere Vollzugsvorschriften

Die kantonalen Ruhezeitgesetze stellen den Vollzug der Vorschriften hauptsächlich durch Strafandrohung und durch den Entzug von Bewilligungen im Widerhandlungsfall sicher.

Unter den eidgenössischen Erlassen fällt die genaue Kontrolle der Arbeitszeit im Bereiche des Arbeitszeitgesetzes auf. Die Führung der Dienstpläne und die Ueberwachung der Arbeitszeit sind bis ins

---

57 Art. 46 und 47 Abs. 1 ArbG sowie Art. 85 VO I zum ArbG
58 Art. 53 ArbG
59 Art. 52 Abs. 2 ArbG; 59a Art. 59 Abs. 1 und 61 ArbG
60 Art. 24 Abs. 2 ArbZG, Art. 25 Chauffeurverordnung sowie
61 HUG N. 28 zu Art. 59 und N. 2 zu Art. 60 ArbG
vgl. Art. 51 Abs. 2 ArbG

einzelne normiert*. Auch die Chauffeurverordnung zeichnet sich durch strenge Vollzugsbestimmungen aus. Der Arbeitgeber hat laufend eine Arbeits- und Ruhezeitkontrolle nachzuführen. Der Arbeitnehmer ist zur Führung eines Arbeitsbuches verpflichtet, das Auskunft über die Einhaltung der entsprechenden Vorschriften gibt. Die Fahrzeuge sind mit Fahrtschreibern auszurüsten, von denen die Dauer der Arbeitszeit am Steuer abgelesen werden kann. Unrechtmässige Führung oder Verwendung all dieser Kontrollmittel steht unter Strafdrohung* 62 63

Ferner ist auf das Berufsbildungsgesetz zu verweisen, das dem Lehrling die Möglichkeit gibt, zum Vollzug seiner Ansprüche an die Aufsichtsbehörde zu gelangen. Diese veranlasst dann beim Arbeitgeber die nötigen Vorkehren.

2.4 Strafverfahren wegen Ueberanstrengung

Bei extremer Missachtung der Ruhezeitvorschriften gegenüber unmündigen, weiblichen, gebrechlichen oder schwachsinnigen Arbeitnehmern wäre sogar denkbar, dass gegen den Arbeitgeber ein Strafverfahren wegen Ueberanstrengung des Arbeitnehmers eingeleitet werden könnte. Voraussetzungen wären jedoch eine schwere Gefährdung der Gesundheit des Untergebenen sowie selbstsüchtige oder böswillige Motive des Arbeitgebers*. 64

3. Mitwirkung der Berufsverbände

Die Gesamtarbeitsverträge können Bestimmungen über Kontrolle und Durchsetzung der Ansprüche des Arbeitnehmers aufstellen*. 65 In vielen Fällen werden den Berufsverbänden derartige Kontroll- und Durchsetzungsmöglichkeiten eingeräumt. Der daraus erwachsende Schutz reicht meist weiter als die privatrechtliche Durchsetzungsmöglichkeit des Arbeitnehmers. Die Verbände können Verstösse des Arbeitgebers auch im Falle von Verzicht oder Verwirkung durch den Arbeitnehmer ahnden*. Selbst wenn Arbeitgeber 66 und Arbeitnehmer eine nichtige Absprache getreulich einhalten, können die Verbände eingreifen*. 67

---

62 vgl. Anhang 2 und 3 zu den Personalvorschriften C 21 der Schweizerischen PTT-Betriebe vom 1. Januar 1973

63 Art. 11 ff Chauffeurverordnung (SS. 822.22)

64 Art. 135 StGB

65 Art. 356 Abs. 3 OR; 66 vgl. SCHWEINGRUBER/BIGLER S. 68: Die Erbschaft eines Arbeitnehmers wurde ausgeschlagen. Nachträglich stellten die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages fest, dass Ansprüche von Fr. 5'700.-- vorenthalten worden waren (Teuerungszulage der letzten 5 Jahre, Feiertagsentschädigungen, Feriengelder). Die paritätische Kommission auferlegte dem Arbeitgeber eine Konventionalstrafe von Fr. 3'000.--, zahlbar in die gemeinsame Kasse.

67 STREIFF S. 239

Besonders wirksam ist die Durchsetzung durch die Verbände, wenn der Arbeitgeber die Ansprüche gegenüber der ganzen Belegschaft nicht richtig erfüllt. Im Einzelfall besteht auch beim Beizug der Verbände die Gefahr von Repressalien gegen den betroffenen Arbeitnehmer. Gegenüber der ganzen Arbeitnehmerschaft stehen dem Arbeitgeber weniger Druckmittel zur Verfügung, so dass die Einwirkung der Verbände mit grösster Wahrscheinlichkeit Erfolg haben wird.

In der Regel bilden die beteiligten Verbände zum Vollzug der gesamtarbeitsvertraglichen Ansprüche eine paritätische Berufskommission. Diese kann gewöhnlich bei Streitigkeiten aus Einzelarbeitsverhältnissen Verwarnungen aussprechen, Nachzahlungen, Schadenersatz und Konventionalstrafen verfügen sowie andere zweckmässige Massnahmen anordnen, welche geeignet sind, die Erfüllung des Gesamtarbeitsvertrages sicherzustellen. Im Einzelfall kann sie bei Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vermitteln, wobei jedoch bei Nichteinigung der Entscheid des zuständigen Zivilrichters vorbehalten bleibt*. Häufig wird vorgesehen, dass 68
die paritätische Berufskommission Kontrollen über die Erfüllung der Ansprüche durchführt und bei Feststellung nicht erbrachter Leistungen sofortige Nachzahlung und Bezahlung einer Konventionalstrafe von 25% des geschuldeten Betrages verfügen kann*. 69

Bei gemeinsamer Durchführung durch die Verbände besteht gegenüber den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern die Möglichkeit gerichtlicher Klage auf Erfüllung der Kontrollvorschriften und Konventionalstrafen. Die Verbände können jedoch nicht auf Erfüllung der einzelnen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis klagen. Es steht ihnen lediglich das Mittel der Feststellungsklage zur Verfügung*. 70
Die Leistungsklage muss der Arbeitnehmer selbst anstrengen.

Eine weitere Durchsetzungsmöglichkeit ergibt sich aus der Einwirkungspflicht der Parteien des Gesamtarbeitsvertrages auf ihre Mitglieder. Die Organe der vertragschliessenden Verbände sind verpflichtet, moralisch und rechtlich auf die einzelnen Mitglieder einzuwirken, damit diese die vertraglichen Verpflichtungen erfüllen. Der Erfolg der Einwirkung hängt von der Qualität der Führung und der Organisation des Verbandes ab. Starke Verbände stellen den Einfluss auf ihre Mitglieder durch verbandsinterne Druckmittel wie disziplinarische Massnahmen, Bussen, Konventionalstrafen, boykottähnliche Sanktionen oder Ausschlussmöglichkeit sicher*. Verletzt 71

---

68 vgl. z.B. Art. 7 Abs. 7 GAV Spenglerei- und Installationsgewerbe

69 vgl. z.B. Art. 39 und 45 GAV Schreinergewerbe sowie Art. 29 ff GAV Holzindustrie, wonach ausdrücklich auch dem Arbeitnehmer eine Konventionalstrafe von bis Fr. 300.-- auferlegt werden kann, wenn er Schwarzarbeit leistet. Vgl. auch SCHWEINGRUBER/ BIGLER N. 8 zu Art. 357 a OR

70 Art. 357 b Abs. 1 lit. a und c OR

71 vgl. SCHWEINGRUBER, Arbeitsrecht S. 99 ff und SCHWEINGRUBER/ BIGLER N. 1 ff zu Art. 357 a OR

ein Arbeitgeber dauernd gesamtarbeitsvertragliche Pflichten, so können die Arbeitnehmer an ihren Verband gelangen und diesen zur Intervention gegenüber dem Arbeitgeberverband veranlassen. Der Arbeitnehmerverband macht hierauf seinen Vertragspartner auf die Mängel in der Durchführung aufmerksam und fordert ihn zur Abhilfe durch Einwirkung auf den fehlbaren Arbeitgeber auf. Wendet nun die Arbeitgeberorganisation ihre statutarischen Druckmittel nicht an, so genügt sie der Einwirkungspflicht nicht, verletzt dadurch selber den Gesamtarbeitsvertrag und kann gegenüber der Arbeitnehmerorganisation gemäss Artikel 97 ff OR schadenersatzpflichtig werden*. Der Arbeitgeberverband hat daher alles Interesse an der vertragsgemässen Erfüllung der Ansprüche durch seine Mitglieder. 72

Verschiedene Gesamtarbeitsverträge sehen zugunsten des Arbeitnehmers vor, dass er sich zur Durchsetzung seiner Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber durch die Betriebskommission oder die Gewerkschaften vertreten lassen kann*. 73

4. Möglichkeiten gemäss Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb

Einen nicht unbeachtlichen Schutz der Freizeitansprüche gewährt das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb. Dieses erklärt jeden Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen, als unlauter. Nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift verstösst gegen Treu und Glauben, wer "Arbeitsbedingungen verletzt, die berufs- oder ortsüblich sind oder die durch Gesetz, Verordnung oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt sind"*. 74

Dieser Anwendungsfall unlauteren Wettbewerbs geniesst nicht wie die andern Tatbestände strafrechtlichen Schutz. Das Gesetz gewährt jedoch zivilrechtliche Ansprüche. Wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen geschädigt oder gefährdet ist, hat Anspruch auf Feststellung der Widerrechtlichkeit, auf Unterlassung, auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes, auf Schadenersatz bei Verschulden und gegebenenfalls auf Genugtuung*. 75

Der in der Klagemöglichkeit liegende Schutz der Ansprüche des Arbeitnehmers wird verstärkt dadurch, dass die gleichen Ansprüche Berufs- und Wirtschaftsverbänden zustehen, die nach den Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind, sofern Mitglieder des Verbandes oder seiner Unterverbände klageberechtigt sind*. 76

---

72 vgl. SCHWEINGRUBER/BIGLER N. 1 ff zu Art. 357 a OR

73 vgl. z. B. Art. 6 a Abs. 2 und 3 Friedensabkommen Maschinenindustrie, sowie Ziff. 1 hievor

Eine weitere Verstärkung der Schutzwirkung liegt in der Möglichkeit der Urteilspublikation*. Der Arbeitgeber wird wohl alles daran setzen, eine Veröffentlichung zu vermeiden. Besonders wenn er auf einen guten Ruf angewiesen ist, kann er sich nicht leisten, dass die Allgemeinheit von den unzureichenden Arbeitsbedingungen in seinem Betrieb Kenntnis erhält. 77

5. Indirekte Einwirkung auf die Durchsetzung

5.1 Arbeitslosenversicherung

Indirekt sorgt die Rechtsprechung zum Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung vom 22. Juni 1951* für die Durchsetzung der Freizeit- und Ferienansprüche. Denn bevor ein arbeitsloser Arbeitnehmer bei seiner Arbeitslosenkasse Anspruch auf Leistungen erheben kann, muss er unerledigte Freizeit- und Ferienansprüche liquidieren. Der Arbeitnehmer hat namentlich seine Ferien zu beziehen, bevor er Arbeitslosenentschädigung verlangen kann. Von diesem Grundsatz machte das Eidgenössische Versicherungsgericht einzig für die Arbeitnehmer im Baugewerbe angesichts der witterungsbedingten kurzdauernden Arbeitsunterbrüche und für vereinzelte ähnliche Verhältnisse gewisse Ausnahmen. Auch für nicht bezogene Ruhetage, die noch geltend gemacht werden können, besteht kein Anspruch*. 78 79

Allgemein wird als stossend empfunden, dass der Arbeitnehmer mangels Leistungen der Arbeitslosenversicherung sein Feriengeld aufbrauchen muss und ihm dadurch verunmöglicht wird, die Ferien zu einer günstigen Zeit im Kreise seiner Familie zu verbringen. Der Ferienzweck lässt sich wegen dieser Praxis nicht verwirklichen, umso weniger, als der Arbeitnehmer noch eine neue Stelle suchen muss. Das Versicherungsgericht anerkennt dies, begründet aber seine Haltung mit der Verhinderung von Missbräuchen. Zur Verhinderung der befürchteten Missbräuche wurde vorgeschlagen, der Arbeitnehmer könne sein Feriengeld bis zum Ferienbezug bei einer Behörde deponieren. Auf diese Weise wäre es ihm möglich, die Ferien im passenden Zeitpunkt zu nehmen, ohne dass die Gefahr gleichzeitigen Bezugs von Ferien- und Arbeitslosengeld bestünde*. 80

---

74 Art. 2 Abs. 2 lit. h BG über den unlauteren Wettbewerb vom
75 30. September 1943 (SS. 241)
Art. 2 Abs. 2 UWG
76 Art. 2 Abs. 3 UWG; 77 Art. 6 UWG; 78 SS. 837.1
79 vgl. EVG 1955 S. 58, 225, 301, 1956 S. 225, 1957 S. 74, 75, 151, 1958 S. 57, 1959 S. 75, 81, 1960 S. 139, ARV 1957 S. 162 ff, 1965 S. 40 ff
80 vgl. BAERLOCHER S. 146 ff mit Verweis auf ALEXANDRE BERENSTEIN, Problèmes d'assurance-chômage; ferner GewRS 1960, Gesetz und Recht S. 9 ff und S. 17 ff

5.2 Submissionsverordnungen und Subventionsvorschriften

Die Submissionsverordnungen und die Erlasse betreffend öffentliche Subventionen wirken ebenfalls darauf hin, dass der Arbeitgeber die üblichen Arbeitsbedingungen befolgt.

Die Submissionsverordnungen regeln das Verfahren und die Gesichtspunkte, wonach Aufträge der öffentlichen Hand vergeben werden. In den Verordnungen findet sich verschiedentlich die Klausel, dass nur Konkurrenten berücksichtigt werden, welche die ortsüblichen Arbeitsbedingungen, namentlich Löhne und Arbeitszeit erfüllen. Vor allem in Zeiten schlechter Beschäftigungslage, wo der Arbeitgeber auf Aufträge der Gemeinwesen angewiesen ist, können diese Bestimmungen eine weitreichende Schutzwirkung entfalten.

Aehnliche Vorbehalte machen die Subventionsvorschriften der Gemeinwesen. Danach dürfen Arbeiten, für die das Gemeinwesen öffentliche Mittel zur Verfügung stellt, nur von Unternehmern ausgeführt werden, die sich über die Einhaltung der üblichen Arbeitsbedingungen ausweisen. Das Gemeinwesen hat hier nicht als Vertragspartner Einfluss auf die Vergebung der Arbeiten, sondern durch die Auflagen, die es mit der Entrichtung der Beiträge verbindet*. [81]

In den Gesamtarbeitsverträgen finden sich mitunter Bestimmungen, wonach sich die Parteien verpflichten, auf den Erlass von fortschrittlichen Submissionsordnungen hinzuwirken*. [82]

---

[81] vgl. SCHWEINGRUBER, Arbeitsrecht S. 219 ff

[82] z. B. Art. 3.1 Landesmantelvertrag Hoch- und Tiefbaugewerbe, vgl. auch SCHWEINGRUBER, Die Bedeutung der Submissionsordnungen für das Arbeitsrecht (GewRS 1942, S. 231 ff)

Anhang

1. Ferienanspruch der Arbeitnehmer nach Massgabe der Gesetzgebung des Bundes und der Kantone (mit den entsprechenden Rechtsgrundlagen)*

2. Zahl und namentliche Bezeichnung der gesetzlichen Feiertage in den einzelnen Kantonen (mit den entsprechenden Rechtsgrundlagen)*

3. Verzeichnis der vom Bundesrat und von den Kantonsregierungen erlassenen Normalarbeitsverträge**

* Zusammenstellung von Sonderheft Nr. 87 der Volkswirtschaft, Bern 1975, (S. 1 - 6) übernommen.

** Zusammenstellung von Märzheft 1975 der Volkswirtschaft, Bern 1975 (S. 145 f) übernommen.

FERIENANSPRUCH DER ARBEITNEHMER NACH MASSGABE DER GESETZGEBUNG DES BUNDES UND DER KANTONE

Rechtsgrundlagen Bases légales	Ferienanspruch im Jahr Droit aux vacances annuelles Ferien in Tagen oder Wochen Vacances en jours ou en semaines	Bedingungen Conditions
1. Bundesrecht — Droit fédéral		
Obligationenrecht, 10. Titel, Artikel 329a-329e, Artikel 345a und 353c	2 Wochen	Für Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr [1]
	3 Wochen	Für Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr [1]
Code des obligations, titre 10, articles 329a-329e, articles 345a et 353c	2 semaines	Pour les travailleurs à partir de 19 ans révolus et pour les apprentis à partir de 20 ans révolus [1]
	3 semaines	Pour les travailleurs jusqu'à 19 ans révolus et pour les apprentis jusqu'à 20 ans révolus [1]
2. Kantone, für die der bundesrechtliche Anspruch gilt (Obligationenrecht, Artikel 329a Absatz 1 und Artikel 345a Absatz 3) — Cantons qui appliquent le droit fédéral (code des obligations, article 329a, 1er alinéa et article 345a, 3e alinéa)		
Obwalden Nidwalden	2 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	3 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
3. Kantone, die den bundesrechtlichen Anspruch erweitert haben (Obligationenrecht, Artikel 329a Absatz 2 und Artikel 345a Absatz 3) — Cantons qui ont étendu le droit aux vacances au-delà des prescriptions fédérales (code des obligations, article 329a, 2e alinéa et article 345a, 3e alinéa)		
Kanton Zürich		
Gesetz über die Ergänzung des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 4.3.1973	3 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	4 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Kanton Bern		
Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 28.5.1911/27.6.1970/6.9.1972	3 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	4 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Canton de Berne		
Loi sur l'introduction du code civil suisse du 28.5.1911/27.6.1970/6.9.1972	3 semaines	Pour tous les travailleurs à partir de 19 ans révolus et pour les apprentis à partir de 20 ans révolus
	4 semaines	Pour les jeunes travailleurs jusqu'à 19 ans révolus et pour les apprentis jusqu'à 20 ans révolus
Kanton Luzern		
Gesetz über die Gewährung von Ferien (Feriengesetz) vom 9.5.1972	3 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	4 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Kanton Uri		
Gesetz über die Gewährung von Ferien vom 20.10.1974	2 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	4 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr

[1] Die Kantone sind befugt, die Mindestdauer der Ferien bis zu drei Wochen und für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr sowie für Lehrlinge bis zum 20. Altersjahr bis zu vier Wochen zu verlängern (Art. 329a Abs. 2 und Art. 345a Abs. 3) — Les cantons peuvent prolonger la durée minimum des vacances jusqu'à trois semaines, et jusqu'à quatre semaines pour les jeunes travailleurs n'ayant pas 19 ans révolus ainsi que pour les apprentis n'ayant pas 20 ans révolus (art. 329a, 2e al., et art. 345a, 3e al.).

Rechtsgrundlagen Bases légales	Ferienanspruch im Jahr Droit aux vacances annuelles Ferien in Tagen oder Wochen Vacances en jours ou en semaines	Bedingungen Conditions
Kanton Schwyz		
Gesetz über die Gewährung von Ferien vom 10.5.1974	3 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und f Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	4 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und f Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Kanton Glarus [1]		
Kantonales Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 1.5.1966/10.5.1970/7.5.1972	3 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und f Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	4 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und f Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Kanton Zug		
Gesetz betreffend die Einführung des schweizerischen Obligationenrechts für den Kanton Zug vom 30.6.1938/12.2.1959/31.10.1966/15.5.1972	3 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und f Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	4 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und f Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Canton de Fribourg		
Loi concernant les vacances annuelles des travailleurs au sens du Code fédéral des obligations du 2.2.1972	3 semaines 4 semaines	Pour tous les travailleurs et les apprentis à partir de 20 ans révolus Pour les apprentis jusqu'à 20 ans révolus
Kanton Freiburg		
Gesetz betreffend den jährlichen Ferienanspruch der Arbeitnehmer im Sinne des Schweizerischen Obligationenrechts vom 2.2.1972	3 Wochen	Für alle Arbeitnehmer und für Lehrlinge nach dem vollendeten Altersjahr
	4 Wochen	Für Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Kanton Solothurn		
Gesetz über die Gewährung von Ferien vom 8.12.1946/11.12.1955/25.10.1964/24.9.1972	3 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und f Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	4 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und f Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Kanton Basel-Stadt		
Gesetz betreffend die Gewährung jährlicher Ferien vom 20.4.1972	3 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und für Le linge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	4 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Kanton Basel-Landschaft		
Einführungsgesetz zu den Artikeln 329a Absatz 2 und 345a Absatz 3 des Schweizerischen Obligationenrechts (Feriengesetz) vom 7.9.1972	3 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und f Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	4 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und f Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Kanton Schaffhausen		
Gesetz über die Mindestdauer der Ferien der Arbeitnehmer (Feriengesetz) vom 24.4.1972	3 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und f Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	4 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und f Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Kanton Appenzell A.Rh.		
Verordnung über die Gewährung von Ferien vom 13.11.1972	3 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und f Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	4 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Kanton Appenzell I.Rh.		
Verordnung zum Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 18.11.1965/4.12.1972	2 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	3 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr
	4 Wochen	Für Lehrlinge bis zum 20. Altersjahr

[1] Auf die verlängerte Feriendauer haben nur die vom Arbeitsgesetz erfassten Arbeitnehmer Anspruch.

Rechtsgrundlagen Bases légales	Ferien in Tagen oder Wochen Vacances en jours ou en semaines	Ferienanspruch im Jahr Droit aux vacances annuelles Bedingungen Conditions
Kanton St. Gallen		
Nachtragsgesetz zum Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 5.5.1971/1.1.1975	3 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	4 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Kanton Graubünden		
Änderung der Vollziehungsverordnung zum kantonalen Berufsbildungsgesetz vom 25.11.1964/1.1.1973 und Artikel 329a des schweizerischen Obligationenrechts	2 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	3 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr
	4 Wochen	Für Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Kanton Aargau		
Einführungsgesetz zum schweizerischen Obligationenrecht vom 27.12.1911/29.3.1966	2 Wochen	Für Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr ab 1. bis 10. Dienstjahr und für Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
Verordnung über die Ferien für Lehrlinge vom 10.12.1971	3 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr sowie für Arbeitnehmer nach dem vollendeten 30. Altersjahr oder für Arbeitnehmer ab 11. Dienstjahr
	4 Wochen	Für Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Kanton Thurgau		
Gesetz über die Mindestdauer der Ferien für Lehrlinge und jugendliche Arbeitnehmer vom 17.11.1972 und Artikel 329a des schweizerischen Obligationenrechts	2 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	4 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Cantone Ticino		
Legge concernente il disciplinamento della durata minima delle vacanze annuali in applicazione degli art. 329a e 345a del Codice delle obbligazioni del 29.3.1972	3 settimane	Per tutti i lavoratori dopo i 19 anni compiuti e per gli apprendisti dopo i 20 anni compiuti
	4 settimane	Per i giovani lavoratori fino ai 19 anni compiuti e per gli apprendisti fino ai 20 anni compiuti
Canton de Vaud [1]		
Loi d'application de la législation fédérale sur le travail du 29.11.1967/25.6.1971	3 semaines	Pour tous les travailleurs et les apprentis à partir de 20 ans révolus
	4 semaines	Pour les apprentis jusqu'à 20 ans révolus
Canton du Valais [1]		
Loi cantonale sur le travail du 16.11.1966	3 semaines	Pour tous les travailleurs à partir de 19 ans révolus et pour les apprentis à partir de 20 ans révolus
	4 semaines	Pour les jeunes travailleurs jusqu'à 19 ans révolus et pour les apprentis jusqu'à 20 ans révolus
Kanton Wallis [1]		
Kantonales Arbeitsgesetz vom 16.11.1966	3 Wochen	Für alle Arbeitnehmer nach dem vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge nach dem vollendeten 20. Altersjahr
	4 Wochen	Für jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr und für Lehrlinge bis zum vollendeten 20. Altersjahr
Canton de Neuchâtel		
Loi sur les vacances payées obligatoires du 21.3.1972	3 semaines	Pour tous les travailleurs à partir de 19 ans révolus et pour les apprentis à partir de 20 ans révolus
	4 semaines	Pour les jeunes travailleurs jusqu'à 19 ans révolus et pour les apprentis jusqu'à 20 ans révolus
Canton de Genève		
Loi sur les vacances annuelles payées obligatoires du 3.12.1971	3 semaines	Pour tous les travailleurs à partir de 19 ans révolus et pour les apprentis à partir de 20 ans révolus
	4 semaines	Pour les jeunes travailleurs jusqu'à 19 ans révolus et pour les apprentis jusqu'à 20 ans révolus

[1] Auf die verlängerte Feriendauer haben nur die vom Arbeitsgesetz erfassten Arbeitnehmer Anspruch — La prolongation de la durée des vacances ne vaut que pour les travailleurs soumis à la loi sur le travail.

ZAHL UND NAMENTLICHE BEZEICHNUNG DER GESETZLICHEN FEIERTAGE

Rechtsgrundlagen Bases légales	Gesetzliche Feiertage Jours fériés légaux Zahl Nombre	Namentliche Bezeichnung Désignation
Kanton Zürich		
Gesetz über die öffentlichen Ruhetage und über die Verkaufszeit im Detailhandel vom 14.3.1971	9 Tage	Neujahr, Karfreitag, Ostermontag, 1. Mai [1], Auffahrt, Pfingstmont 1. August, Weihnachten und 26. Dezember. Fällt Weihnachten auf ei Montag oder Freitag, so gilt der 26. Dezember nicht als Feiertag
Kanton Bern		
Gesetz über die öffentlichen Feiertage und die Sonntagsruhe vom 6.12.1964	8 Tage	Neujahr, 2. Januar, Karfreitag, Ostermontag, Auffahrt, Pfingstmont Weihnachten und 26. Dezember für Gemeinden mit vorwiegend ref mierter Bevölkerung Neujahr, Ostermontag, Auffahrt, Pfingstmontag, Fronleichnam, Mari Himmelfahrt (15. August), Allerheiligen (1. November) und Weihnach für Gemeinden mit vorwiegend katholischer Bevölkerung
Canton de Berne		
Loi sur les jours fériés officiels et le repos dominical du 6.12.1964	8 jours	Nouvel-An, 2 janvier, Vendredi-Saint, lundi de Pâques, Ascension, lu de Pentecôte, Noël et 26 décembre pour les communes à majorité prot tante Nouvel-An, lundi de Pâques, Ascension, lundi de Pentecôte, Fête-Di Assomption (15 août), Toussaint (1er novembre) et Noël pour les comm nes à majorité catholique
Kanton Luzern		
Gesetz über die öffentlichen Ruhetage vom 8.10.1940	8 Tage	Neujahr, Karfreitag, Auffahrt, Fronleichnam, Maria-Himmelfa (15. August), Allerheiligen (1. November), Maria-Empfängnis (8. Deze ber) und Weihnachten
Kanton Uri		
Gesetz über die öffentlichen Ruhetage (Sonntagsgesetz) vom 18.5.1947/11.11.1948	13 Tage	Neujahr, Dreikönigen (6. Januar) [1], St. Josefstag (19. März) [1], Karfreit Ostermontag [1], Auffahrt, Pfingstmontag [1], Fronleichnam, Maria-Himm fahrt (15. August), Allerheiligen (1. November), Maria-Empfäng (8. Dezember), Weihnachten und 26. Dezember
Kanton Schwyz		
Polizeiverordnung betreffend die Sonn- und Feiertagsruhe vom 12.1.1884	12 Tage	Neujahr [1], Dreikönigen (6. Januar), St. Joseph (19. März), Ostermonta Auffahrt, Pfingstmontag [1], Fronleichnam, Maria-Himmelfahrt (August), Allerheiligen (1. November), Maria-Empfängnis (8. Dezemb und 26. Dezember [1]
Kanton Obwalden		
Kantonale Feiertagsverordnung vom 6.2.1969	9 Tage	Neujahr [1], Karfreitag, Auffahrt, Fronleichnam, Maria-Himmelfahrt (August), Bruder Klausenfest (25. September), Allerheiligen (1. Novemb Maria-Empfängnis (8. Dezember) und Weihnachten
Kanton Nidwalden		
Gesetz über die öffentlichen Ruhetage vom 26.4.1964	9 Tage	Neujahr, St. Josefstag (19. März) [1], Karfreitag, Auffahrt, Fronleichna Maria-Himmelfahrt (15. August), Allerheiligen (1. November), Ma Empfängnis (8. Dezember) und Weihnachten
Kanton Glarus		
Gesetz über die öffentlichen Ruhetage und den Ladenschluss vom 11.5.1919	9 Tage	Neujahr, Näfelser-Fahrt, Karfreitag, Ostermontag, Auffahrt, Pfin montag [1], Allerheiligen (1. November), Weihnachten und 26. Dezem

[1] Den Sonntagen nicht gleichgestellte Feiertage.

Rechtsgrundlagen Bases légales	Gesetzliche Feiertage Jours fériés légaux Zahl Nombre	Namentliche Bezeichnung Désignation
Kanton Zug		
Gesetz betreffend die öffentlichen Ruhetage vom 16.12.1912	8 Tage	Neujahr, Karfreitag, Auffahrt, Fronleichnam, Maria-Himmelfahrt (15. August), Allerheiligen (1. November), Maria-Empfängnis (8. Dezember) und Weihnachten
Canton de Fribourg		
Loi d'application de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 8.2.1966/10.5.1966	4-8 jours	Nouvel-An, Vendredi-Saint, Ascension, Noël dans la partie du canton qui professe le culte protestant Nouvel-An, Vendredi-Saint, Ascension, Fête-Dieu, Assomption (15 août), Toussaint (1er novembre), Immaculée Conception (8 decembre) et Noel dans la partie du canton qui professe le culte catholique
Kanton Freiburg		
Ausführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 8.2.1966/10.5.1966	4-8 Tage	Neujahr, Karfreitag, Auffahrt, Weihnachten im reformierten Kantonsteil Neujahr, Karfreitag, Auffahrt, Fronleichnam, Maria-Himmelfahrt (15. August), Allerheiligen (1. November), Maria-Empfängnis (8. Dezember) und Weihnachten im katholischen Kantonsteil
Kanton Solothurn		
Gesetz über die öffentlichen Ruhetage vom 24.5.1964	6-9 Tage	Neujahr, Karfreitag, 1. Mai (Nachmittag), Auffahrt, Fronleichnam [1], 1. August (Nachmittag), Maria-Himmelfahrt (15. August) [1], Allerheiligen (1. November) [1] und Weihnachten
Kanton Basel-Stadt		
Gesetz betreffend die öffentlichen Ruhetage vom 13.3.1947	8 Tage	Neujahr, Karfreitag, Ostermontag, 1. Mai, Auffahrt, Pfingstmontag, Weihnachten und 26. Dezember
Kanton Basel-Landschaft		
Gesetz über die öffentlichen Ruhetage vom 26.9.1968	8 Tage	Neujahr, Karfreitag, Ostermontag, 1. Mai, Auffahrt, Pfingstmontag, Weihnachten und 26. Dezember [2]
Kanton Schaffhausen		
Gesetz betreffend die öffentlichen Ruhetage und den Ladenschluss (Ruhetagsgesetz) vom 28.1.1920	9 Tage	Neujahr, Karfreitag, Ostermontag, 1. Mai [3], Auffahrt, Pfingstmontag, 1. August, Weihnachten und 26. Dezember. Fällt Weihnachten auf einen Montag oder Freitag, so gilt der 26. Dezember nicht als Feiertag
Kanton Appenzell A.Rh.		
Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 21.2.1966	7 Tage	Neujahr, Karfreitag, Ostermontag, Auffahrt, Pfingstmontag, Weihnachten und 26. Dezember. Fällt Weihnachten auf einen Montag oder Freitag, so gilt der 26. Dezember nicht als Feiertag
Kanton Appenzell I.Rh.		
Vollziehungsverordnung zum Arbeitsgesetz vom 5.12.1966	13 Tage	Neujahr, Karfreitag, Ostermontag, Bonifatiustag [3], Auffahrt, Pfingstmontag, Fronleichnam, Maria-Himmelfahrt (15. August) [3], St. Mauritiustag [3], Allerheiligen (1. November) [3], Maria-Empfangnis (8. Dezember) [3], Weihnachten und 26. Dezember, sofern dieser als Feiertag begangen wird
Kanton St. Gallen		
Gesetz betreffend polizeiliche Handhabung der Sonntagsruhe vom 4.1.1886/23.10.1974	8 Tage	Neujahr, Karfreitag, Ostermontag, Auffahrt, Pfingstmontag, Allerheiligen (1. November), Weihnachten und 26. Dezember. Fällt Weihnachten auf einen Montag oder Freitag, so gilt der 26. Dezember nicht als Feiertag

[1] Ohne Bezirk Bucheggberg. [2] Für die Gemeinden Aesch, Allschwil, Arlesheim, Ettingen, Oberwil, Pfeffingen, Reinach, Schönenbuch und Therwil Allerheiligen (1. November) anstelle des 26. Dezembers. [3] Den Sonntagen nicht gleichgestellte Feiertage.

Rechtsgrundlagen Bases légales	Gesetzliche Feiertage Jours fériés légaux Zahl Nombre	Namentliche Bezeichnung Désignation
Kanton Graubünden		
Gesetz über die öffentlichen Ruhetage vom 13.10.1918	6 Tage	Neujahr, Ostermontag, Auffahrt, Pfingstmontag, Weihnachten und 26. Dezember
Kanton Aargau		
Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 18.8.1966	6-8 Tage	Neujahr, Karfreitag, Auffahrt und Weihnachten. Die übrigen Feiertage variieren je nach Bezirk und können von den Gemeindebehörden nach Ortsgebrauch und nach Anhören der Wirtschaftskreise bestimmt werden
Kanton Thurgau		
Vollzugsverordnung des Regierungsrates zum Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 24.12.1965	9 Tage	Neujahr, Karfreitag, Ostermontag, 1. Mai (Nachmittag), Auffahrt, Pfingstmontag, 1. August (Nachmittag), Weihnachten und 26. Dezember. Fällt Weihnachten auf einen Montag oder Freitag, so gilt der 26. Dezember nicht als Feiertag
Cantone Ticino		
Decreto legislativo concernente i giorni festivi nel Cantone del 10.7.1934	15 giorni	Capo d'anno, Epifania, San Giuseppe [1], Lunedì di Pasqua, 1° maggio [1], Ascensione, Lunedì di Pentecoste [1], Corpus domini [1], San Pietro e Paolo [1], 1° agosto [1], Assunzione, Ognissanti, Immacolata [1], Natale, Santo Stefano
Canton de Vaud		
Loi d'application de la législation fédérale sur le travail du 29.11.1967	6 jours	Nouvel-An, Vendredi-Saint, lundi de Pâques, Ascension, lundi du Jeûne fédéral et Noël
Canton du Valais		
Loi cantonale sur le travail du 16.11.1966	8 jours	Nouvel-An, Saint-Joseph, Ascension, Fête-Dieu, Assomption (15 août), Toussaint (1er novembre), Immaculée Conception (8 décembre) et Noël
Kanton Wallis		
Kantonales Arbeitsgesetz vom 16.11.1966	8 Tage	Neujahr, St. Josef, Auffahrt, Fronleichnam, Maria-Himmelfahrt (15. August), Allerheiligen (1. November), Maria-Empfängnis (8. Dezember) und Weihnachten
Canton de Neuchâtel		
Loi d'introduction de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 22.2.1966	6 jours	Nouvel-An, 2 janvier (lorsque Nouvel-An est un dimanche), 1er mars, Vendredi-Saint, Ascension et Noël. Le Conseil d'Etat peut instituer dans certaines régions d'autres jours fériés légaux, mais au maximum trois par année
Canton de Genève		
Loi sur les jours fériés du 3.11.1951	8 jours	Nouvel-An, Vendredi-Saint, lundi de Pâques, Ascension, lundi de Pentecôte, Jeûne genevois, Noël et 31 décembre

[1] Giorni festivi non parificati alla domenica.

VERZEICHNIS DER VOM BUNDESRAT UND VON DEN KANTONSREGIERUNGEN ERLASSENEN NORMALARBEITSVERTRÄGE

(Stand 1. Januar 1975) [1]

Vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit

Abkürzungen

ABl	Amtsblatt des Kantons
CNL	Contratto normale di lavoro
CTT	Contrat-type de travail
GS	Gesetzessammlung des Kantons
NAV	Normalarbeitsvertrag
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

I. Vom Bund erlassene Normalarbeitsverträge

Datum des letzten Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlicht in SR
5. 5.71	NAV für Assistenzärzte	221.215.328.1
11. 6.70	NAV für das Erziehungspersonal von Heimen und Internaten	221.215.324.1
22. 8.73	NAV für das Käsereipersonal	221.215.329.2
23.12.71	NAV für das Pflegepersonal	221.215.328.4
17. 2.70	NAV für Privatgärtner	221.215.329.3
22. 4.66	NAV über Versicherungsleistungen für das beruflich strahlenexponierte Personal	221.215.328.6

II. Von den Kantonen erlassene Normalarbeitsverträge [1]

Datum des letzten Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlicht in GS Jahr/Band, Seite	ABl Jahr, Seite
	ZÜRICH		
20.12.72	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer	44, 670	1973, 208
20.12.72	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer	44, 676	1973, 199
	BERN		
22.12.71	NAV für Betriebs- und Hausangestellte in der Landwirtschaft	1971, 429	1972, 153
27.12.72	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer	1972, 495	1973, 119
	LUZERN		
22.12.72	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis		1972, 2141
22.12.72	NAV für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis		1972, 2132
	URI		
1.10.73	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer		1973, 1039
14. 5.73	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer		1973, 866
	SCHWYZ		
21. 8.72	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft		1972, 1002
6.11.72	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer		1972, 1187
	OBWALDEN		
3. 7.73	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft	Lb[1] XIV	1973, 757/1290
18.12.73	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer	Lb[1] XIV	1973,1202/1290
	NIDWALDEN		
7. 5.73	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft		1973, 398/762
7. 5.73	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer		1973, 392/762
	GLARUS		
4.12.72	NAV für männliche und weibliche Arbeitnehmer in der Landwirtschaft		1972, 273
	ZUG		
18.12.72	NAV Landwirtschaft	20, 243	1973, 86 [2]
18.12.72	NAV Privathaushalt	20, 251	1973, 86 [2]
	FREIBURG		
7. 5.73	NAV für die Landwirtschaft		1973, 758
7. 5.73	NAV für die Hausangestellten		1973, 670
	SOLOTHURN		
10.11.72	NAV für Angestellte in der Landwirtschaft		1972, 1241
12.12.72	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer		1972, Nr. 51 [2]
	BASEL-STADT		
14. 5.64	NAV für das landwirtschaftliche Dienstverhältnis		1964, 34
15. 1.74	NAV für Hausangestellte		1974, 25
15. 1.74	NAV für Teilzeitarbeitnehmerinnen im Hausdienst.		1974, 28
	BASEL-LAND		
12.12.72	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer	24, 941	
20. 5.52	NAV für weibliche Hausangestellte im privaten Haushalt und für Haushaltlehrtöchter	20, 433	

[1] Für die Vollständigkeit des Verzeichnisses der von den Kantonen erlassenen Normalarbeitsverträge besteht keine Gewähr.

[1] Landbuch

[2] Beilage zum betr. Amtsblatt.

Datum des letzten Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlicht in GS Jahr Band, Seite	ABl Jahr, Seite
	SCHAFFHAUSEN		
12.12.72	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer		1972, 2017
12.12.72	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer		1972, 2007
	APPENZELL-A.RH.		
4.12.72	NAV für Betriebs- und Hausangestellte in der Landwirtschaft	IV, Nr. 611	1972, 807
4.12.72	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer	IV, Nr. 610	1972, 799
	APPENZELL-I.RH.		
17. 1.73	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft		[1]
17. 1.73	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer		[1]
	ST. GALLEN		
19.12.72	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer	8, 375	1972, 1590/ 1707; 1973, 42
19.12.72	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer	8, 366	1972, 1581/ 1707; 1973, 42
	GRAUBÜNDEN		
28. 8.72	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis		1972, 167
28. 8.72	NAV für Alpen und Hirtschaften		1972, 175
28. 8.72	NAV für den Hausdienst		1972, 159
	AARGAU		
8. 1.73	NAV über das Arbeitsverhältnis in der Landwirtschaft und in Freilandgartnereien	8, 465	
8. 1.73	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer	8, 453	
	THURGAU		
2.12.72	NAV für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse		1972, 1229
27. 3.73	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer		1973, 466
	TESSIN		
21. 1.74	CNL per il personale dell'agricoltura		1974, 167
21. 1.74	CNL per il personale domestico		1974, 167

[1] Hinweis im « Volksfreund » vom 27.12.72.

Datum des letzten Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlicht in GS Jahr Band, Seite	ABl Jahr, Seite
	WAADT		
17. 1.73	CTT pour l'agriculture		1973, 141
16. 3.73	CTT pour le personnel des ménages privés		1973, 683
23.11.73	CTT de vignolage pour les districts d'Aubonne, Morges, Nyon et Rolle		1973, 2921
1.12.72	CTT de vignolage pour le district d'Aigle		1972, 2900
1.12.72	CTT de vignolage pour le district de Lavaux		1972, 2902
1.12.72	CTT de vignolage pour le district de Vevey		1972, 2904
28. 2.74	CTT pour chefs-vignerons		1974, 569
	WALLIS		
24. 1.73	NAV für die landwirtschaftlichen Arbeitnehmer		1973, 177
27. 2.74	NAV für Kellerarbeiter		1974, 359
29. 3.74	NAV für Weinstockveredler		1974, 470
28. 1.71	NAV für Käser		1971, 133
2. 8.72	NAV für die Hausangestellten		1972, 991
16. 1.74	NAV für das Personal der Luftseilbahnen, Sesselbahnen, Skilifte und ähnlicher Betriebe		1974, 179
29. 3.74	NAV für das Personal der Autotransportunternehmungen		1974, 470
	NEUENBURG		
9. 3.73	CTT pour l'agriculture		1973, 169
19.12.72	CTT pour le service de maison		1972, 885
	GENF		
8. 6.73	CTT réglant les conditions de travail entre les employeurs agricoles et les travailleurs agricoles	1973, 230	1973, 621
5. 3.73	CTT pour les travailleurs de l'économie domestique	1973, 110	1973, 275
9. 4.73	CTT pour travailleurs à temps partiel de l'économie domestique	1973, 151	1973, 377
14. 5.73	CTT pour les jeunes filles au pair	1973, 204	1973, 595